

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

MAYARA FERNANDA PERIM SANTOS

**OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIZAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE À INÉRCIA DO PODER
EXECUTIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DE UMA HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

MAYARA FERNANDA PERIM SANTOS

**OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIZAÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE À INÉRCIA DO PODER
EXECUTIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DE UMA HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Mestre Silvério dos Santos Oliveira.

CACOAL - RO

2015

**OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS FRENTE À INÉRCIA DO PODER EXECUTIVO: UMA ANÁLISE A
PARTIR DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

MAYARA FERNANDA PERIM SANTOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Mestre Silvério dos Santos Oliveira - UNIR - Presidente

Professor 2 - UNIR - Membro

Professor 3 - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, ____ de _____ de 2015.

Dedico este trabalho, e todos os outros que se realizaram e que se realizarão em minha vida, à minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Agradeço.

“Viver é muito perigoso... Querer o bem demais com força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar. Esses homens! Todos puxavam o mundo pra si, para o concertar concertado”. (Guimarães Rosa, 2001, p. 33)

RESUMO

O ensaio em tela, pautado no método hipotético dedutivo, visa traçar parâmetros ao ativismo judicial na efetivação de políticas públicas na inércia do Poder executivo. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica e abordagem jurisprudencial, abordou-se uma lógica quase que cronológica quanto à evolução do Estado e a emancipação do Constitucionalismo democrático que são prerrogativas para o exercício do ativismo judicial onde a Constituição Federal de 1988 passa a ser dotada de um caráter aberto, tendo como um de seus idealizadores Peter Häberle. Insta notar que a relação das políticas públicas com os Direitos Fundamentais teve papel importante para a composição do trabalho que, ao final, e após uma abordagem quanto as críticas que circulam o tema, concluiu que o ativismo é irrenunciável nos dias de hoje, entretanto tem que dotar-se de limites que abrangem a essencialidade da situação, a exceção quanto a sua execução, e, principalmente, a atenção integral ao que a Constituição Federal de 1988 prevê enquanto ordem principiológica. Em observação, insta notar que a análise proposta é subjetiva, trata de uma amplitude interpretativa que visa abarcar os limites do ativismo judicial perante a execução de políticas públicas de forma generalizada, onde, seja qual for a política implementada, o limite é sempre o mesmo: é científico, hermenêutico, interpretativo. O que se busca é uma análise que arquitetura os limites do ativismo judicial à execução de políticas públicas considerando o ativismo como fenômeno.

Palavras-chave: Ativismo, Limites, Políticas Públicas, Poder Judiciário.

ABSTRACT

The screen test, based on the hypothetical deductive method, aims to outline the parameters judicial activism in the execution of public policy inertia of the Executive Branch. Therefore, by means of literature and case law approach, it approached a logical almost chronological regarding the evolution of the state and the emancipation of the democratic constitutionalism that are prerogatives for the exercise of judicial activism where the Federal Constitution of 1988 happens to be endowed an open character, having as one of its founders Peter Häberle. Calls to note that the relationship of public policies with the fundamental rights played an important role in the labor composition at the end, and after a critical approach circling the subject, concluded that activism is unpronounceable today, however it has to equip itself with boundaries that include the essentiality of the situation, the exception as its execution, and especially full attention to what the Federal Constitution of 1988 provides as principled order.

Keywords: Judicial Activism, Limits, Public Policy, Judiciary

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1 A DESCONSTRUÇÃO DO POSITIVISMO E A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO..... | 13 |
| 1.1 O ESTADO LIBERAL, O ESTADO SOCIAL E O ESTADO NEOLIBERAL | 18 |
| 1.1.1 O Estado Liberal..... | 20 |
| 1.1.2 O Estado Social | 23 |
| 1.1.3 O Estado Neoliberal | 25 |
| 1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A FORMATAÇÃO DE ESTADO E A ORGANIZAÇÃO ESTATAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA..... | 28 |
| 1.3 HÄBERLE E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 33 |
| 2 A MATERIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DESAFIO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO | 39 |
| 2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS | 41 |
| 2.2 O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS | 45 |
| 2.2.1 Dos Direitos Fundamentais | 46 |
| 3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES | 51 |
| 3.1 O ATIVISMO JUDICIAL..... | 54 |
| 3.2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL..... | 57 |
| 3.3 O JUIZ É MEU PASTOR E NADA ME FALTARÁ? OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS..... | 61 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 69 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 72 |

INTRODUÇÃO

Ultrapassadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, a ordem constitucional em geral encontra-se em um momento de quebra de paradigmas, guarnecendo-se de uma soberania institucional de grande valor. O novo momento constitucional solidifica-se na legitimação integral de realidades constitucionalmente previstas. Fala-se em uma verticalização tardia, em que a hierarquia constitucional construída ao longo dos séculos alcança, finalmente, a sua essência. Nesse viés, por meio dessa nova realidade jurídico-social, ocorre o fenômeno de constitucionalização do direito ordinário onde todas as leis de um ordenamento devem ser compreendidas à luz normativa e principiológica da Constituição vigente.

Ocorre que, por vezes, a Constituição Federal de 1988 assume compromissos com a sociedade, que, em momento de crise, deixam de ser priorizados, ensejando lacunas normativas que se agravam com a omissão legislativa. Tais promessas pactuadas, adiadas para um futuro distante e incerto, transformam-se em ilusões constitucionais. Com efeito, ao passo em que o novo constitucionalismo vai se estabelecendo no Brasil, há um dissabor no que diz respeito ao que a Constituição Federal de 1988 prevê e o que de fato acontece.

Tal descompasso atinge com força a promoção de Políticas Públicas de inclusão social e promoção do mínimo existencial constitucionalmente previsto, situação esta que coloca a sociedade a mercê dos Poderes Legislativo e Executivo para que concretizem tais prerrogativas, que, em tempos de decadência de legitimidade democrática, e em tempos de crise política, têm encontrado barreiras e dificuldades quanto as suas solidificações.

No calor dessa hora, dada toda uma transformação contemporânea no que diz respeito a uma arquitetura estatal e constitucional, o Poder Judiciário é chamado a intervir para prover valores constitucionais e materializa-los por meio das Políticas Públicas, atitude possibilitada

por meio de uma abertura interpretativa do texto constitucional que vem refletindo antagonismos ideológicos em termos de argumentação jurídica: apresenta-se o ativismo judicial, que cria dissabores doutrinários e científicos na hermenêutica jurídica.

Na construção de uma moldura ativista, houveram dois fenômenos modificadores do Direito tradicional: as demandas das pessoas frente ao judiciário, que agora passam a buscar políticas públicas e sociais por meio da persecução processual, e o próprio posicionamento do Direito frente a esta realidade, pois agora se permite prestar uma tutela jurisdicional que se desprende da tecnicidade e atinge a tentativa de efetividade, momento no qual o Judiciário endossa-se de atividades políticas, criando uma relação substantiva com as instruções judiciais, executando-se de um ativismo judicial.

É nesse meio complexo de construção de ideias e de fundamentos quanto a promoção de políticas públicas por meio do Poder Judiciário é que torna-se de supra e indissociável importância o questionamento quanto aos seus limites, dessa forma a problemática do trabalho substancia-se: Qual é o limite do ativismo judicial na promoção de políticas públicas frente a inércia do Poder Executivo?

Insta ressaltar que o que se pretende é uma análise hermenêutica, científica, abrangente. É uma análise que busca a construção de uma ideia limítrofe seja qual for a política pública implementada. Ora, seja saúde, educação, construção de abrigos, lazer, ou qualquer outra prerrogativa constitucionalmente legitimada, o que se busca não é o limite no tocante unificado em uma dessas possibilidades, mas para todas, afinal, o ativismo judicial é um organismo que vem atingindo em níveis maiores ou menores, em competências judiciais maiores ou menores, a Constituição Federal de 1988 como um todo.

Restringir à análise do ativismo judicial a saúde, por exemplo, seria um erro acadêmico, pois o mesmo limite instaurado à saúde também deve ser aplicado a educação, e assim sucessivamente. A construção de um limite abstrato visa a generalidade no tocante a um pensamento crítico do limite a ser estabelecido ao ativismo judicial como fenômeno.

Para tanto, utilizou-se o método hipotético dedutivo com referências bibliográficas e jurisprudenciais. Sob o objetivo geral de realizar uma análise da nova configuração do Direito em uma sociedade pós-moderna, bem como, considerando a crise de identificação da Constituição Federal de 1988 com a sociedade brasileira, buscou-se verificar os limites e possibilidades do ativismo judicial, e sob os objetivos específicos, quais sejam, fazer uma abordagem do ativismo judicial, bem como seus limites e formas de aplicação, na realização de políticas públicas em um contexto nacional, identificar as características do neoconstitucionalismo e os fundamentos da constitucionalização do direito, bem como sua

relação direta com o ativismo judicial e demonstrar, de forma específica, as promoções de polícias públicas por meio do Poder Judiciário frente à inércia do Poder Executivo e as consequências sociais que este fato atinge, pensou-se em hipóteses pertinentes ao tema.

Como hipóteses, o ensaio trabalhou com a possibilidade de que fosse concluído que não há que se falar em ativismo judicial que, inclusive, afeta a separação dos poderes apresentada por Montesquieu que vigora até os tempos modernos. Deve haver uma moderação judicial que evita a aplicação direta da Constituição por juízes e tribunais em situações que não estejam em seu âmbito de decisão, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, promovendo segurança jurídica e social, tendo em vista que o ativismo judicial dá ao juiz poder desenfreado. A existência do ativismo judicial no ordenamento jurídico vigente, inclusive, vai contra a própria democracia, pois insurgem-se contra atos legalmente instituídos pelos poderes eleitos pelo povo.

Em outro giro, cogitou-se que o ativismo judicial, embora aproxime as pessoas da Constituição vigente, deve ser regulamentado e limitado. Assim, sua qualidade de ação deve ser excepcional, não sendo ele espaço privilegiado para a discussão de questões tradicionalmente de natureza política sem o risco demasiado de subtrair da sociedade civil a oportunidade de manifestação e participação de temas essenciais que lhe digam respeito.

Para a identificação das hipóteses mencionadas e para a resolução da problemática, o presente ensaio dividiu-se em três capítulos. O primeiro capítulo buscou fazer uma fundamentação quanto ao contexto em que o ativismo judicial nasce e se constrói. Para tanto, buscou-se no primeiro tópico desconstruir o positivismo e versar sobre a construção do constitucionalismo democrático. Na mesma perspectiva, com a intenção de formatar o momento Estatal em que o Constitucionalismo Democrático se estabelece, versou-se sobre o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Neoliberal, inclusive no contexto brasileiro. Ainda, o primeiro capítulo deleita-se sob os ideais de Häberle e da sua liberdade interpretativa constitucional, também na construção da perspectiva constitucional contemporânea.

Em um segundo momento, o capítulo segundo versa sobre o desafio na efetivação de políticas públicas em tempos atuais, ainda, visa conceituar o alcance das políticas públicas bem como a relação da questão das políticas públicas com os direitos fundamentais, abrangendo o papel das políticas públicas na efetivação de direitos e garantias constitucionalmente previstos.

Abarcando o busílis da problemática, o terceiro capítulo divide-se em tópicos que tem como intuito primordial atender aos limites do ativismo judicial, mas para tanto passa pela conceito do que é ativismo judicial, abarca suas críticas e, no último tópico, versa sobre os

seus limites no que diz respeito à efetivação de políticas públicas, e, conseqüentemente, de garantias mínimas da sociedade brasileira como um todo.

1 A DESCONSTRUÇÃO DO POSITIVISMO E A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Em tempos em que se enxerga uma sociedade díspar e carente de realizações de direitos como a brasileira, ímpar se faz entender o enfrentamento entre o Constitucionalismo contemporâneo, o positivismo e tudo o que isso representa frente a esse contexto. Para Streck (2011, p. 58), “é preciso compreender como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta diante da profunda crise de paradigmas a partir de um dogma refém do positivismo exegetico”.

Em outras palavras, é preciso se ater a compreender, em uma linha histórica, que o Direito assume um caráter hermenêutico que abrange e transforma as teorias discursivas e argumentativas do positivismo e alcança a aplicação do Direito e suas possibilidades em tempos de pós-positivismo. Essa importância se dá, pois, segundo Rossi (2014, p. 380):

As grandes transformações ocorridas no mundo hoje requerem um olhar renovado sobre o fenômeno jurídico. O positivismo jurídico tradicional tem se mostrado cada vez mais insuficiente para atender as novas demandas de uma sociedade global e complexa.

O Direito que encontra-se, portanto, frente à uma sociedade globalizada, é dotado de raízes historicamente construídas na arquitetura jurídica ao passo em que a sociedade sofre um fenômeno que transforma várias formas de pensar e gerir diversos organismos sociais. Em uma perspectiva contemporânea, na qual, nas definições de mundo líquido de Bauman (2004, p. 31), "vivemos em tempo líquido, nada é pra durar", a insegurança torna-se característica vigente. Essa seja, talvez, uma boa explicação para os recursos recorrentes aos prefixos "pós" e "neo": pós-positivismo, neoliberalismo e neoconstitucionalismo.

Existe, portanto, uma dupla face que atravessa o Direito e a necessidade da formação de um “comportamento constitucional” (STRECK, 2011, p. 243), para superar diversos âmbitos da resistência positivista à constituição. Esse busílis não dissocia-se, como já dito, de uma perspectiva histórica e da construção de uma linha cronológica que visa conceituar e localizar o positivismo e o constitucionalismo no tempo e no espaço, motivo ao qual o presente capítulo se dispõe.

Nesse contexto, o positivismo jurídico inaugurado principalmente por Hans Kelsen, é um legado que merece ser visto para que se compreenda toda a envergadura do estudo contemporâneo do Direito, isso pois, segundo Ribeiro (2014, p. 1),

As festejadas teorias pós-positivistas e o estudo jus filosófico desenvolvido após a virada linguística não seriam possíveis sem as formulações iniciais empreendidas pelo maior expoente do positivismo jurídico. O pensamento kelseniano destaca-se entre as doutrinas jurídico-filosóficas de sua época, inaugurando um novo paradigma de reflexão do Direito.

De forma específica, Kelsen (1999, p. 3) em “Teoria Pura do Direito” consegue ver o Direito como um conjunto de normas que se dissipa dos sentidos humanos, distanciando-se, assim, de um direito natural¹. Nesse sentido discorre o autor:

Quando a si própria se designa como “Pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.

É nessa compreensão que Kelsen aproxima sua teoria do insuperável dualismo do ser e dever-ser, onde o sistema jurídico estaria destinado à interpretar a esfera do dever-ser. Essa situação, explicada nas palavras do autor (1999, p. 2), se resume da seguinte forma:

“Norma” dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra “norma” indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma posição de dever-ser. O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, prima facie, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer. O dever-ser – a norma – é o sentido de um quere, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de uma to, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinando modo). [...] O dever-ser [...] do mesmo modo que o ser é uma “categoria original”, e como não se pode descrever o que seja o ser, tão pouco há uma definição de dever-ser. O ato de vontade, cujo sentido é a norma, constitui o ato do qual se diz figurativamente: que a norma através dele se torna “fabricada”; quer dizer, o ato com que a norma é posta, o ato de fixação das normas. Uma norma não somente pode, pois, ser criada por um ato de vontade, dirigido conscientemente para a sua produção, como também pelo Costume, ou seja, pode ser produzida pelo fato de que seres humanos costumam conduzir-se efetivamente de determinada maneira.

Perante a ideia de Kelsen (1999), o que se compreende é que a norma deve se ater a um ideal de conduta traçada perante o que está positivado, ignorando, de forma completa,

¹ “Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. (...) O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo. Quanto ao direito natural, como sua principal natureza as leis naturais advêm com a criação da sociedade, através de normas consideradas divinas, pela qual os homens estariam subordinados. Ainda pertine mencionar que acreditavam alguns pensadores que existe um “Direito Natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem” (BOBBIO, 1999, p. 147).

toda a complexidade que cerca os motivos e os valores das pessoas. No positivismo a norma indica uma conduta que é, por conseguinte, considerada correta perante o conceito de justiça.

Uma norma, nesse passo, não poderia ser criada a partir de uma realidade natural expressada pela vontade de um ser social, mas deveria ser criada pelo ideal que deve se atingir e que se submeta a uma organização social adequada. O ser, dessa forma, fica à mercê do que se deve ser, condicionando uma aplicabilidade objetiva da norma criada que não dá lugar a interpretações dissipadas do que está transcrito objetivamente em lei.

Nessa orientação filosófica “a ciência do Direito nada tem a ver com fatos, mas com normas, com o dever-ser” (KELSEN, 1999, p. 4), sendo irrigada por uma pureza metodológica de um caráter totalmente formal. “O positivismo, ainda hoje, permite à ciência revestir-se de certeza” (SOUZA; MEZZAROBBA, 2014, p. 449).

Dados os conceitos até aqui traçados e avançando no decorrer da história e do Direito, ao pensar em uma “criptografia” do positivismo, em algum momento percebeu-se que aquilo que está escrito nos códigos não cobre a realidade. Streck (2011, p. 32), explica que esse espaço de movimentação é dado justamente “do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico”, ou seja, do problema de legitimação e identificação social que surge a partir do que está legalmente positivado.

A superação do positivismo passa por diversas realidades jurídico-sociais. Há, de forma pulsante na ciência jurídica, a ideia de que o Direito nunca esteve e não está imune às transformações e, segundo Rocha (2006, p.196), se depara cotidianamente com o fato de que “a nova racionalidade adquirida não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico tão repleto de possibilidades comunicativas e tão repleto de informações”. Essa realidade dá a impressão de ser a ciência do Direito um organismo vivo²² que, dotado de uma nova compreensão constitucional, veio a enquadrar-se sob formas que melhor atendesse a sociedade. Nesse sentido elucida Barroso (2013, s/p):

Sucedo, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a dominação de uma nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico e diversificado.

²² O direito não pode, pois, ser examinado por intermédio de dogmas. O dogma deve se transformar em problema, e, por isso, é necessário superar a mera utilização da lógica formal, examinando as normas e os conflitos a luz da dialética social. (SOUZA; MEZZAROBBA, 2014, p. 312).

O Brasil, segundo Streck (2011, p. 33) ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator este inspirado pela realidade europeia que, embora bebesse da fonte da constituição norte americana, antes da metade do século XX não conhecia o conceito de constituição normativa:

Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais-que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*.

Dissipando-se dos solavancos da instituição desse novo constitucionalismo no Brasil e no mundo, o fato é que este começa a circundar a ciência jurídica em um momento posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o marco emancipador dessa realidade é dado por meio da Constituição Federal de 1988 que tem se demonstrado forte para superar os momentos de instabilidade política pelos quais passou o Brasil no decorrer desses vinte anos e não é mais vista sob a ótica de uma fachada, assim lembra Sarmento (2012, p. 144):

Até 1988 a lei valia muito mais que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais que a lei. O poder judiciário não desempenhava um papel político tão importante. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão.

Essa fundamentação torna-se importante a título de explanação do momento brasileiro em que a constituição tornou-se ainda mais absoluta. Síntese desse entendimento é trazida por Barroso, que citado por Antunes de Melo (2007, p. 1) atribui:

Essa é a era da constituição das nossas circunstâncias, por necessidade ou por virtude, seu texto final expressa heterogênea mistura de interesses de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais. A euforia constituinte, saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil é mais do que analítica é prolixa e corporativa.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 delimita a atuação dos poderes dos Estados ao determinar regras protetivas da sociedade contra arbítrios e omissões destes, estabelece parâmetros de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais com certo grau de abstração, em razão das constantes mudanças sociopolíticas-econômicas, em prol da manutenção e promoção da paz social. Tal posicionamento atribui à Constituição um caráter, apesar de forte, aberto, em função do grau de abstração de suas normas, mais especificamente, as regras-princípios³, que seriam diretrizes centrais, irradiadoras de ideias ou

³ “A normatividade dos princípios foi afirmada precursoramente em 1952 por Crisafulli. [...] Afirma Crisafulli a dupla eficácia dos princípios - imediata e mediata (programática) -, asseverando tratar-se de normas a certas

valores que penetram em todos os ramos jurídicos. Streck (2011, p. 37), corrobora e expande esse raciocínio:

Com efeito, o Constitucionalismo Contemporâneo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.

Assim, debruçado nas perspectivas de cidadania e dignidade da pessoa humana, o novo constitucionalismo elenca a Constituição Federal de 1988 ao grau máximo de sua existência, dissipando a ideia de uma vinculação taxativa ao que está positivado, superando-se, por conseguinte, o positivismo e atendendo-se bem mais à solidificação de direitos e garantias que estão constitucionalmente previstos mesmo que em um campo principiológico e abstrato. É a inauguração de um novo parâmetro de reconhecimento de um direito subjetivo, expansivo ou não, à garantia positivada.

Essa realidade, como será visto de forma específica mais adiante, é uma das bases da incisão do ativismo judicial na sociedade jurídica atual, que se garante de uma amplitude interpretativa e de uma materialização da busca pela emancipação constitucional.

Ainda, indo mais além, o novo constitucionalismo aceita que as fontes do Direito não ofereçam respostas a muitos problemas e que se necessita conhecimento para resolver esses casos onde a chamada jurisdição constitucional assume um papel que vai muito além dos planos do positivismo jurídico e do modelo de Direito com ele condizente, assim, nas palavras de Streck, pensa-se em um pós-positivismo compreendido “no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social” (STRECK, 2011, p. 64).

O Direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador de realidade. No Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional se transforma em garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia. Em outro giro, para que essa realidade traçada fosse possível, houve uma evolução no que diz respeito ao posicionamento do Estado quanto à sociedade. Nesse passo, insta de suma importância no tocante a problemática do trabalho, traçar a evolução do Estado como um todo e, posteriormente, encaixar o ativismo judicial nos modelos estatais traçados.

condutas publicistas ou mesmo particulares. Reconhece que essa espécie normativa tanto pode ser expressa no ordenamento jurídico como pode ser implícita, desempenhando relevante papel na interpretação do Direito. É fonte axiológica da qual derivam normas particulares e, por um outro prisma, norma a que se pode chegar através de um processo inverso, de generalização. Portanto, da regra particular até chegar-se ao vetor principiológico. Crisafulli, sem dúvida desempenhou papel fundamental na elaboração da doutrina da normatividade dos princípios.” BERTONCINI (2002, p. 45).

1.1 O ESTADO LIBERAL, O ESTADO SOCIAL E O ESTADO NEOLIBERAL

A noção de Estado (do latim *status* = estar firme) foi inaugurada por Maquiavel em o clássico “O príncipe”, de 1513. Essa dominação traçada no livro correspondia à uma “situação permanente de convivência e ligação à sociedade política” DALLARI (2007, p. 51). Maquiavel (1513, p. 7), em sua obra, já de início dispõe que “todos os estados, todos os domínios, que tiveram e tem poder sobre os homens, são estados e são repúblicas ou principados”.

Quanto aos motivos que o condicionaram, Oppenheimer (1926, p. 27) defende uma teoria de Estado surgido por meio da conquista. Aduz que Estado é a organização dos meios políticos⁴ que se configura na subtração do trabalho alheio. Nesse diapasão, embebido pela lição do mestre alemão Rorthbard (2012, p. 13) pontua que o “estado nunca foi criado por um “contrato social”; ele sempre nasceu da conquista e da exploração”.

Ao passo em que Oppenheimer afirma que o Estado surge da conquista, Azambuja (2012, p. 19) afirma que o geminar do Estado teve como origem, principalmente, “uma necessidade humana de superar o Estado de Natureza e institucionalizar a busca daquilo que é próprio do homem: o bem público⁵”. Em razão da necessidade do homem em viver em sociedade se considera que o Estado é uma sociedade natural.

Desde o seu primeiro contorno, o Estado, portanto, é dotado de íntima ligação com a soberania. Aproveitando o gancho das interligações feitas a partir de Kelsen (1999, p. 13) no capítulo anterior, para o tal, o Estado tem que ser visto como uma “ordem coativa da conduta humana” que condiciona, portanto, o dever-ser. Recorre-se à lição de Gusmão (2010, p. 354) segundo quem numa visão positivista o direito depende da vontade do Estado; se

⁴Existem duas formas fundamentalmente opostas através das quais o homem, em necessidade, é impelido a obter os meios necessários para a satisfação dos seus desejos. São elas o trabalho e o furto, o próprio trabalho e a apropriação forçosa do trabalho dos outros. Eu proponho, na discussão que se segue, chamar ao trabalho próprio e à equivalente troca do trabalho próprio pelo trabalho dos outros, de “meio econômico” para a satisfação das necessidades enquanto a apropriação unilateral do trabalho dos outros será chamada de “meio político”. O estado é a organização dos meio meios políticos. Como tal, nenhum estado pode existir enquanto os meios econômicos não criaram um definido número de objetos para a satisfação das necessidades, objetos que são passíveis de ser levados ou apropriados por roubo bélico.(OPPENHEIMER, 1926, p. 24-27)

⁵ Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público, e consiste num regime de origem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana. (DABIN, 1939, p. 89-90)

jusnaturalista, cabe ao Estado legislar consoante os princípios da justiça; e, se sociológica, deve o Estado legislar como resultado da pressão dos fatores sociais, econômicos e políticos.

Na contemporaneidade (em um contexto brasileiro pós Constituição Federal de 1988), o conceito de Estado, embora seja impossível encontrar um conceito que satisfaça todas as correntes doutrinárias por ser um organismo dotado de extrema complexidade, é traçado quanto aos seus requisitos mínimos por Dallari (2007, p. 199):

Parece-nos que se poderá conceituar o Estado **como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território**. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na **soberania**. A **politicidade** do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação desde a um **certopovo**, e, finalmente, a **territorialidade**, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território (grifo do autor).

Desse modo, dotado de soberania, território, povo e politicidade, o Estado estaria vinculado a uma ordem que tem o bem comum como fim. O Estado é também sociedade necessária, visto que o homem desde antes de seu nascimento até depois da morte se vê tutelado pelo Poder Público, jamais vindo a dele se emancipar. Diante dessa envergadura, Azambuja (AZAMBUJA, 2012, p. 20) dispõe que “o Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro, e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades”.

Além dos requisitos supra, e, provavelmente, elencando o principal deles, melhor se faz abordar o Estado de Direito consentânea roupagem dada por Dworkin. O autor associa Estado de Direito ao ideal de justiça substantiva, em uma concepção centrada nos direitos fundamentais e morais. Dispõe (2007, p. 7):

A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais, por meio de Tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável.

Dessa forma, o Estado constrói-se na necessidade e pela natureza do homem, se constitui por poder, povo, território e politicidade e tem como objetivo, dentro da compreensão de Dworkin, o ideal da justiça substantiva.

Quanto ao modelo econômico adotado, o Estado, em sua constante evolução respondeu aos fatos sociais, adotando teorias de cunho ora liberal, ora social. Cabe, portanto analisar os baluartes que sustentaram o Estado liberal e o Estado Social, para bem compreender como estes, nos diferentes estágios, tutelam seus institutos e recepcionam o direito dito, bem como se envolvem com parâmetros traçados pelo positivismo e pelo Constitucionalismo Democrático, traçando parâmetros interpretativos para toda a construção jurídica contemporânea.

1.1.1 O Estado Liberal

Embebecidos pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade construídos na Revolução Francesa⁶, o Estado Liberal formulou-se como “o primeiro Estado Jurídico guardião das liberdades individuais” (BONAVIDES, 2004, p. 42). Seu período abarcou o lapso temporal composto entre 1789 até meados do século XIX, superando o feudalismo e inaugurando o industrialismo à luz do fenômeno de hipertrofia do Estado que, explicado por Hobbes (1979, p. 106), atribui ao Estado a forma de um Leviatã onde há um “Deus mortal, ao qual devemos, abaixo de Deus imortal, nossa paz e defesa”.

Hobbes observa o Leviatã como uma saída do homem do Estado de Natureza, se estruturando na forma de um absolutismo monárquico, no qual os indivíduos conferem ao soberano autoridade sobre eles na espera de que este lhes garanta a defesa contra os Estados inimigos. É dessa perspectiva que se retira a ideia de que Hobbes é o pai do liberalismo, como faz crer Strauss (1986, p. 166) para quem “se o liberalismo é a doutrina política cujo eixo fundamental são os direitos naturais do homem por oposição aos seus deveres e se a missão do Estado em proteger estes direitos, então o fundador do liberalismo é Hobbes”. Dentre os demais teóricos do liberalismo, destacam-se Adam Smith, na *Inquiry into the Nature and*

⁶O Estado moderno nasceu absolutista e, durante alguns séculos, os monarcas concentravam todos os poderes estatais em suas mãos, isto é, o Estado se confundia com a pessoa do monarca. Havia uma centralização do poder político no rei, que passou a impor barreiras econômicas à burguesia (classe social em franca expansão) por meio de altos impostos. Ideologicamente, as monarquias justificaram-se com a doutrina da soberania, no século XVII, centrada essa no monarca. Chegava-se ao ponto de divinizar os monarcas, havendo, assim, uma exacerbação dos poderes do rei. Esse contexto histórico perdurou até o século XVIII, conhecido como século das luzes, quando se deslocou o eixo do poder divino soberano para o Estado de Direito, no decurso das revoluções burguesas. Nessa época, primou-se pela soberania do povo, princípio da separação dos poderes e preponderância do princípio da legalidade. Contemporaneamente, a burguesia pregava a intervenção mínima do Estado na sociedade. (SILVA, 2014, p. 85).

Causes of the Wealth of Nations (1776), David Hume, *Essays, Moral, Political, and Literary* (1741 e 1742), Jeremy Bentham, *Defensy of Usury* (1781) e *Deontology* (1784).

O Estado liberal é, mais do que tudo, uma inspiração da burguesia da época, assim ressalta Bonavides (2004, p. 42) ao contar que “a burguesia, classe dominada, a princípio, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social”. O que houve, portanto, foi uma generalização dos ideais que eles entendiam como cabíveis para si mesmos, mas quais ideais eram esses? Respondendo essa pergunta, Iriarte (1995, p. 9) traça como características do Estado Liberal:

O individualismo (confere primazia absoluta ao indivíduo, deixando o coletivo ou social relegado a um plano secundário); a liberdade de pensamento e de expressão; a livre iniciativa, desembaraçada dos empecilhos da ação do Estado; a propriedade privada dos meios de produção; a livre concorrência; um **Estado reduzido (o Estado mínimo)**, apenas responsável pela manutenção da ordem interna e da segurança externa. (grifo nosso).

Com efeito, insta dizer que o liberalismo tem duas vertentes: uma política e outra econômica⁷. O liberalismo político seria a doutrina cuja finalidade é estabelecer a liberdade política do indivíduo em relação ao Estado. E liberalismo econômico seria a doutrina que preceitua a existência de uma ordem natural para os fenômenos econômicos, a qual tende ao equilíbrio, sem a necessidade da intervenção do Estado (IRIARTE, 1995, p. 9). Insta ressaltar que a partir desse período surgiu a divisão dos poderes de Montesquieu que, visando a redução do Estado “foi, inegavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto em sua doutrina de separação dos poderes é que nele a divisão não tem apenas um caráter teórico, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem” (BONAVIDES, 2004, p. 49).

Desse modo, oriundos de um absolutismo que os mantinham a mercê dos interesses dos monarcas, a classe social agora se envolvia em conceitos que elencava o Direito Natural ao nível máximo de seu alcance, onde, por meio de um Estado não intervencionista, as liberdades estavam finalmente legitimadas por meio da liberdade de pensamento, livre iniciativa, propriedade privada e livre concorrência. Interessante observar que, mesmo que

⁷Vale ressaltar, ainda, que se formou na França, na segunda metade do século XVIII, a escola liberal, que foi conhecida também como escola individualista, tendo em vista que o individualismo é uma doutrina que destaca que não somente toda atividade econômica deve ter por fim a felicidade dos indivíduos, porém também que toda atividade econômica deve ser exercida pelos indivíduos, sendo o papel do Estado reduzido ao mínimo possível, ou seja, os individualistas viam no indivíduo o fim da atividade econômica. Destacaram-se nesta escola grandes economistas, tais como, Adam Smith, Malthus, Ricardo e Stuart-Mill na Inglaterra e J. B. Say na França. (SILVA, 2014, p. 23).

tenha surgido de uma comoção social burguesa, o Estado Liberal tratava especificamente de garantias individuais fundamentadas no individualismo e na primazia absoluta do indivíduo.

Quanto à este último quesito, qual seja, o individualismo, afirma Bonavides (2004, p. 42) que no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens”. Segundo o autor, foi essa a contradição mais profunda na dialética do Estado Moderno.

Houve, segundo Bonavides (2004, p. 43), um momento de objeções severas quando “o puro esquema jurídico burguês se evidenciou inócuo e de logicismo exageradamente abstrato em face de realidades sociais imprevistas e amargas que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional”.

Observa Azambuja (2012, p. 171) que o Estado Liberal, consubstanciado na forma de regime popular, acabou por absorver o indivíduo e o povo, uma vez que estes, incapazes de revolver os problemas que surgiam numa sociedade cada vez mais complexa, buscaram no Estado a resposta para suas dificuldades. A exemplo disso começaram-se a destoar conceitos como o do liberalismo econômico que, embora tenha trazido liberdade para o indivíduo, sempre foi conservador, antidemocrático e partidário de um despotismo esclarecido. (IRIARTE, 1995, p. 9).

Começa daí, segundo ensina Bonavides (2004, p. 43) a obra de “dinamutação da primeira fase do constitucionalismo burguês”. A realidade social buscava um novo leito de ideias. Para o autor supracitado, “da liberdade do homem perante o Estado avança-se para a ideia ais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade Estatal”. Assim, malgrado sua natureza tipicamente não intervencionista, “o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclamos dos que mais queriam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público, para cada problema, uma lei ou código.” (AZAMBUJA, 2012, p. 171). A doutrina é uníssona a destacar que o Estado liberal passa por uma virada empírica eminentemente burocrática.⁸

⁸ A autoridade nos aparece hoje sob os traços de um funcionário, sentado detrás de uma secretária e investido dos mais amplos direitos, inclusive o de nos transformar em soldado e de nos mandar receber pedradas em um motim de rua ou fragmentos de aço nos campos de batalha. Esse personagem é eterno, imutável, idêntico a si mesmo de um extremo a outro do território. Na planície ou na montanha, na Ilha de França ou na Lorena, ele aplica os mesmos regulamentos e cobre os mesmos impostos. É todo-poderoso, porque sua espécie é numerosa, porque todos precisam dele, porque suas decisões são apoiadas por uma polícia ativa, uma dócil magistratura, numerosos regimentos. Ele faz recenseamento, registra e espiona. Conhece nossos rendimentos e faz o inventário de nossos bens; sabe se possuímos piano, automóvel, cão ou bicicleta. Educa nossos filhos e fixa o preço do pão; fabrica fósforos e vende fumo para o nosso cigarro. É industrial, armador, comerciante e médico. Possui quadros, florestas, estradas de ferro, hospitais e monopólio dos telefones. Se somos do sexo masculino, manda-nos comparecer diante dele e nos pesa, mede e examina o funcionamento dos nossos pulmões, fígado e coração. Não

Nesse passo, dotado de uma virada de perspectiva, o Estado Liberal sofre diversas modificações de maior intervenção estatal e maior burocracia em seus atos, dando, por conseguinte, lugar ao Estado Social em meados do século XX.

1.1.2 O Estado Social

No Estado Social se chega, por fim, ao problema da liberdade. Liberdade essa que conduzia diversas situações de arbítrio no que dissesse respeito ao próprio fundamento do liberalismo: o Direito Natural. Tal liberdade

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. [...] Evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego dos métodos brutais de exploração econômica a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. (BONAVIDES, 2004, p. 59).

A nova concepção de Estado intervencionista “nascida 1920 e selada nas décadas de 70 e 80” (MARTINEZ, 2004, p. 1), segundo Silva (2014, p. 1) “fez com que este (Estado) chamasse para si as funções assistencialistas, paternalistas, previdenciárias, intervencionistas na economia”. Deixou, pois, a sua inércia social e ganhou foros intervencionistas em um contexto pós Primeira Guerra Mundial. Segundo Bonavides (2004, p. 56) “A passagem do *status naturalis* ao *status civilis* é o momento racionalmente decisivo para a implementação da liberdade na ordem de coexistência dos indivíduos” (grifo do autor).

Vale dizer, o Estado Social foi implantado em variados sistemas de organização política, vindo a vigorar, por exemplo, na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, e em Portugal salazarista. O Estado social, desde logo se deve compreender, não contrapõe, de sobremaneira, o capitalismo liberal, mas representa um sistema no qual o controle burguês da classe se vê enfraquecido e o Estado passa a se configurar na forma de “pacificador necessário entre o trabalho e o capital.” (BONAVIDES, 2004, p. 183).

Em resumo, houve um giro de 180 graus onde diminuiu-se o ideal de que a liberdade correspondia a diminuição do Estado perante o povo e iniciou-se um período em que o

podemos dar um passo sem que ele seja avisado e encontre pretexto para intervir. Um milhão de franceses, pelo menos, estão a serviço dele, dois ou três milhões são pensionados por ele, e outros aspiram o mesmo. (OPPENHEIMER, 1926, p. 14).

próprio Estado era detentor das promoções de direitos que inclusive elencavam a liberdade. Nesse passo, Bobbio (1988, p.19) diz que o “Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento e a realização da justiça social”. Tornou-se, portanto, íntima a relação do Estado com a democracia e com as garantias sociais que a circulam, enunciando em lei algumas necessidades e demandas públicas e sociais, assim indica Bonavides (2004, p. 186)

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Aproximando o Estado Social de uma realidade contemporânea mais próxima das realidades de todos os indivíduos, segundo Martinez (2004, p. 1) “o Estado de Direito Social será o esteio jurídico do capital nacional e internacional”, rompendo-se este liame somente durante a Segunda Guerra (1939-1945). Em um contexto histórico e humanitário o autor supra citado anota os passos importantes para além das limitações jurídicas típicas do liberalismo clássico:

Na década de 40, foi formação da Organização das Nações Unidas (ONU – a 24 de outubro de 1945): como indicativo de que os direitos humanos deveriam reger as relações políticas, internas e externas. Em seguida, em 1948, proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veio assegurar os direitos sociais e corroborar o fluxo civilizatório que se impôs com o final da 2ª Guerra Mundial – e ainda que estivesse em pleno curso o nefasto período da Guerra Fria.

O grande marco de garantia internacional de direitos humanos foi, dada a explicação de Martinez, executado por conta das envergaduras a que se condiciona o Estado Social. No Brasil, o Estado Social nunca alcançou a plenitude de suas ideias, isso, pois, no Brasil dos anos 30 regido pelo governo populista de Getúlio Vargas, havia um regime dúbio onde:

De um lado, ocorre a cortesia com o povo ao se admitir a prevalência dos direitos trabalhistas (CLT) e, de outro, há a adaptação da economia capitalista industrial aos interesses da aristocracia política rural – bem como ao sistema econômico internacional, em vias de se globalizar. Há um ajuste entre a necessidade de transformação dos meios de produção e as relações sociais que predominavam

naquela fase. Por isso, Getúlio Vargas ainda será chamado de *Pai dos Pobres* e de *Mãe dos Ricos* (grifo do autor). (MARTINEZ, 2004, p. 1).

Nesse contexto de anuências de significados onde havia uma incisão subjetiva do Estado Social de um lado mas de outro não, o período áureo desse Estado Social se deu, segundo Martinez (2004, p. 1) “com o chamado *milagre econômico*, na década de 1970, mas seu encerramento se dará, definitivamente, com o primeiro governo de FHC (Fernando Henrique Cardoso) e a era das privatizações (CSN, Vale do Rio Doce)”.

Insta ressaltar que a formatação do Estado no Brasil e, especificamente, na Constituição Federal de 1988 será verificada em tópico específico, bem como a contextualização contemporânea do mesmo com a vinda do governo do Presidente Luiz Ignácio da Silva e seguintes. Malgrado o agigantamento do Estado Social, este deve ser compreendido consoante o crivo das teorias neoliberais, segundo as quais o Estado providência passa por um processo ontológico no qual se consubstancia na forma de Estado prestador de serviços.

1.1.3 O Estado Neoliberal

Em um contexto geopolítico em face da globalização nos anos 70, o Estado entrou em crise e se transformou na principal causa da redução de taxa de crescimento econômico, na elevação de taxas de desemprego, e do aumento de taxas de inflação em todo o mundo (PEREIRA, 2013, p. 50).

A partir disso, emergiu-se a ideia de que o neoliberalismo possivelmente seria resposta a essa crise, “momento em que imaginaram que teriam como resultado o Estado mínimo” (PEREIRA, 2013, p. 51), assim explica Lima (1999, p. 35):

Sendo assim, logo após a Segunda Guerra Mundial, surge o neoliberalismo (que é uma reação teórica e política contra o Estado intervencionista) nos locais onde imperavam o capitalismo, ou seja, na Europa e Estados Unidos da América (E.U.A.). Foi aplicado radicalmente por Margareth Thatcher na Inglaterra e por Reagan nos E.U.A. Inicialmente, conseguiu nestes países uma redução da inflação e estabilização econômica, porém, em contrapartida, houve um grande corte social. Inclusive, nos E.U.A. houve uma elevação do número de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza, supressão de garantias de emprego, bombardeamento da organização sindical, entre outros fatos.

Assim, houve uma ruptura radical nos parâmetros do Estado Social e houve uma retomada à liberdade traçada perante o Estado Liberal. No neoliberalismo, a liberdade econômica, capitalista, financeira, deve regular as relações sociais, estando estas à mercê das consequências do mercado. Era, portanto, o avanço do capitalismo que tomava proporções mundiais e reduzia, tendo em vista a incapacidade Estatal do momento em sustentar suas ideologias sociais, a incisão do mesmo no seio da sociedade. Era a necessidade do Estado de reestruturar sua economia com o fim de competir internacionalmente, assim afirma Silva (2014, p. 1):

A competição é um elemento imprescindível para desenvolvimento da sua política, chegando a ser considerada a mola mestra do neoliberalismo. Quanto à filosofia neoliberal, é importante dizer que crêem (sic) que os homens não nascem iguais, nem tendem à igualdade. Em relação à pobreza, vêem (sic) a sociedade como cenário da competição. Se há vencedores, então tem-se que aceitar que existem perdedores. Na visão neoliberal, a inflação seria resultado do descontrole da moeda, que é consequência (sic) do aumento constante das demandas sociais pleiteadas pelos sindicatos, tais como, previdência, redução da jornada de trabalho, aumento salarial, seguro-desemprego, entre outros, ou seja, provocando um desequilíbrio financeiro (despesas maiores do que receitas). Sendo assim, este aumento do déficit público tem que ser compensado pela emissão de moeda.

Sob a perspectiva do Estado mínimo, portanto, idealizou-se a redução estatal onde cabia ao Estado tão somente existir de forma subsidiária à privatização de diversas atividades do mercado.

A título de exemplificação e estruturação do conceito de neoliberalismo, Margaret Thatcher, primeira ministra que deu início à política neoliberal no Reino Unido em 1979 (cargo que ocuparia por onze anos), firmou-se como ícone do laboratório de políticas neoliberais. “O governo de Thatcher foi responsável por privatizar grande parte do setor público. Durante o período, o desemprego cresceu e os sindicatos ficaram enfraquecidos” (PEREIRA, 2013, p. 55).

A chamada “dama de ferro”, tinha como objetivos governamentais o desenvolvimento do Reino Unido a qualquer custo, a guerra contra os sindicatos, e a guerra contra a própria União Europeia. Segundo Safatle (2010, p. 38):

Após o primeiro mandato, Thatcher promoveu um programa de privatizações das empresas estatais e continuou combatendo de forma radical os movimentos sindicais trabalhistas. A Primeira-Ministra britânica tornou-se uma das precursoras do neoliberalismo.

O centrismo liberal ficou subitamente fora de moda. Para Pereira (2013, p. 61), “Margaret Thatcher lançou o chamado neoliberalismo de um tipo de liberdades que não era visto desde 1848”. Os resultados foram positivos para economia, no final da década de 1980 a ministra

conseguiu controlar a inflação e acelerou a valorização da moeda inglesa, porém não conseguiu baixar os índices de desemprego altíssimos no Reino Unido dos anos 80.

Ao mesmo tempo em que Thatcher movimentava a Europa, nos Estados Unidos ocorria uma correlação das forças políticas em favor das grandes empresas. A chamada “era Reagan”, mundialmente conhecida como uma política do tipo *supply-side*, materializou-se na pessoa de Ronald Reagan, onde:

A direita republicana entregou o que soava como soluções direitas e de senso comum para os males nacionais: corte de impostos, contração dos gastos públicos, encorajamento dos investimentos privados e manter os militares fortes enquanto ajudavam os estrangeiros que estavam lutando contra a tirania comunista (FILHO, 2010, p. 6).

Insta ressaltar que a vitória de Ronald Reagan marcou o início da prática neoliberal no país e permaneceu durante toda a década de 1980. Observa-se, na retórica do presidente, “a defesa de princípios de livre mercado e de diminuição do papel do Estado na economia” (FILHO, 2010, p. 23). A essas ideologias, princípios teóricos e práticas que argumentam a ineficiência da ação governamental na economia e promovem ordenações econômicas com menor intervenção estatal, vincula-se o neoliberalismo.

Mais tarde, Thatcher e Reagan influenciariam Fernando Henrique Cardoso. No Brasil⁹, o espelho jurídico da manifestação das teorias neoliberais é a Reforma Gerencial, capitaneada pela Emenda Constitucional de n.º 19¹⁰. A incisão desse e dos demais modelos na realidade estatal brasileira será analisada no tópico inferior, motivo pelo qual a discussão pertinente a contextualização desse tema será transferida e abordada a baixo.

⁹ Em novembro de 1989, reuniram-se na capital dos Estados Unidos funcionários do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais ali sediados - FMI, Banco Mundial e BID - especializados em assuntos latino-americanos. O objetivo do encontro, convocado pelo Institute for International Economics, sob o título "Latin American Adjustment: How Much Has Happened?", era proceder a uma avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da região. Para relatar a experiência de seus países também estiveram presentes diversos economistas latino-americanos. Às conclusões dessa reunião é que se daria, subsequentemente, a denominação informal de "Consenso de Washington". Nessa avaliação, a primeira feita em conjunto por funcionários das diversas entidades norte-americanas ou internacionais envolvidos com a América Latina, registrou-se amplo consenso sobre a excelência das reformas iniciadas ou realizadas na região, exceção feita, até aquele momento, ao Brasil e Peru. Ratificou-se, portanto, a proposta neoliberal que o governo norte-americano vinha insistentemente recomendando, por meio das referidas entidades, como condição para conceder cooperação financeira externa, bilateral ou multilateral. Algumas dessas medidas começaram a ser implantadas no Brasil da década de 90. No governo Collor o Brasil iniciou o processo de abertura da economia brasileira com maior exposição à competição internacional. Posteriormente, começou o processo de privatização da EMBRAER. Entretanto, foi no governo FHC que o processo se acelerou, com a privatização do setor de telecomunicações, privatização da Companhia Vale do Rio Doce e a Flexibilização do monopólio do petróleo. (BATISTA, 1993).

¹⁰ A Emenda Constitucional de n.º 19 de 1988 veio como forma de legitimar a Reforma Gerencial do Estado brasileiro que tomara contorno no início da década de 1990. O novo modelo de gestão pública foi inspirado nas teorias neoliberais, vindo como resposta a manifesta incapacidade do Estado de atuar ativamente contribuindo de forma efetiva na vida social do particular, como previra a Constituição Federal de 1988.

1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A FORMATAÇÃO DE ESTADO E A ORGANIZAÇÃO ESTATAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Dadas as compreensões conceituais acima estabelecidas e dada a problemática proposta no trabalho em tela, é de suma importância que se analise a incisão dos Estados acima propostos no contexto brasileiro. Desse modo, questiona-se quais são as influências do Estado Social, do Estado Liberal e do Estado Neoliberal na realidade brasileira, bem como busca-se compreender qual é o tipo de Estado elencado pela Constituição Federal de 1988 e pela realidade jurídico-administrativa nacional.

Como já citado anteriormente, a separação dos poderes é fruto do pensamento liberal. Dessa maneira, embora a tripartição dos poderes tenha sido inicialmente idealizado por Aristóteles, bem mais tarde, “já na iminência da criação do estado liberal, John Locke voltou a tratar do assunto em sua obra Segundo tratado sobre o governo civil¹¹” (BONFANTE, 2010, p.1). Nesse contexto, a separação dos poderes arquitetava-se como uma tentativa de desestruturar o governo absolutista que antecedeu o liberalismo e, após a incisão do tema dado por Locke, houve uma sistematização do tema dada por Montesquieu que perdura quanto aos seus parâmetros básicos até hoje, assim afirma Bonfante (2010, p. 1):

Foi, no entanto, com Montesquieu que a teoria da separação dos poderes foi sistematizada e ganhou os contornos que persistem até hoje da forma como a conhecemos no sistema romano-germânico. De fato, para o pensador liberal, deve haver três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz as leis; pelo segundo, faz guerra ou paz, envia e recebe embaixadas, estabelece segurança, etc; pelo terceiro, julga os crimes e resolve litígios.

Nessa seara, o que é importante para análise aqui proposta é que, dada a organização administrativa brasileira que é fundada na separação dos poderes do Executivo, Legislativo e Judiciário, é inegável que haja, ainda que na perspectiva contemporânea, uma influência do Estado Liberal no que diz respeito aos contornos dados por Montesquieu.

De forma mais incisiva em *terrae brasilis*, a experiência constitucional brasileira teve início em 1824. Já nesse momento “o princípio da separação de poderes, advindo do liberalismo, veio a influenciar os parlamentares reunidos na Assembleia Constituinte quando da elaboração da

¹¹LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Carta Política, inclinando pela imposição de certos limites ao poder do Imperador” (GOMES, 2013, p. 1). Entretanto, dada a incisão do Poder Moderador que atribuía ao imperador, sob a prerrogativa de um quarto poder, o poder de controlar os demais poderes, o Brasil só emancipou a influência norte americana do Estado Liberal em 1981 com a proclamação da República.

Com a crise do Estado Liberal e, embora internamente o país vivesse uma crise política, em 1934 sob a forte influência dos movimentos sociais, houve a elaboração da Constituição Federal de 1988 para a redemocratização brasileira (GOMES, 2013, p. 1). Mesmo com o forte viés social instaurado, manteve-se a separação de poderes que persiste até os tempos de hoje, o autor citado explica a influência do Estado Social no Brasil:

No âmbito social a Constituição de 1934 trouxe grande inovação ao prever não só as garantias dos direitos individuais e sociais como também prever ações estatais em defesa dessas garantias. O absentismo estatal não era mais bem visto e o Estado por meio dos poderes públicos deveria atuar para a defesa de direitos dos seus governados. Esta Carta, porém, gozou de passagem efêmera, pois não suportou as pressões internas proporcionadas pela disputa entre capitalismo e socialismo.

Todos esses conceitos sociais foram relativizados em 1937 com a ditadura varguista e em 1964 com o golpe militar marcadamente intervencionista. Tal realidade somente se desconstituiu com a Constituição idealizada em 1967 onde “a partir desta data o país passou por um novo processo de redemocratização, cuja solidificação se deu em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Carta cidadã” (GOMES, 2013, p. 1).

Sobre a atual conjuntura Estatal, maior abordagem sobre o tema será dada após a explanação sobre as influências do Estado Neoliberal no Brasil. Até aqui sabe-se que há uma influência do Estado Liberal com a separação de poderes que inclusive mais adiante será tratada de acordo com a sua arquitetura contemporânea, há uma forte influência do Estado Social principalmente caso se pense na legitimação dos direitos e garantias sociais instituídos pela Constituição Federal de 1988 e que, de alguma forma, o Estado Neoliberal se encaixa nesse contexto.

Sob a lenta influência do Estado Neoliberal, visualizou-se, a partir do regime militar brasileiro e sob a então candidatura de Paulo Maluf, uma “alternativa que imaginava a solução da crise brasileira e a estabilização da economia viria da quebra da intervenção do estado, com o fim das transferências estatais dos mecanismos do mercado” (NEGRÃO, 2012, p. 6).

Entretanto, como é sabido da história brasileira, Maluf foi derrotado em detrimento de Tancredo Neves que não chegou a tomar posse pois veio a óbito, dando lugar ao então vice-presidente da república José Sarney. Segundo Negrão (2012, p. 6), Sarney deu continuidade a

envergadura neoliberal de Maluf mas também se dispôs a uma perspectiva Social por meio de seus ministérios:

Esse ministério procurava conciliar duas perspectivas distintas de política econômica: de um lado, no Planejamento, Tancredo tinha colocado João Sayad, peemedebista identificado com setores heterodoxos, com vínculos estruturalistas e próximo à social-democracia. A ele caberiam os projetos de longo prazo. Para o curto prazo, no entanto, o conservador Tancredo tinha reservado o ministério da Fazenda para seu sobrinho Francisco Dornelles, economista ortodoxo, identificado com o receituário recessivo do Fundo Monetário Internacional e com o neoliberalismo.

No governo Collor o neoliberalismo teve sua emancipação estrutural com a o processo de privatização das estatais, a abertura da economia para o capital estrangeiro e o fator onde mercado passou a ser o grande agente organizador da nação, enquanto os trabalhadores, como classe, começaram a sofrer um bombardeio incessante em seus direitos. Na eleição seguinte que tinha como sujeitos Lula e sua perspectiva de paternalismo das massas e Fernando Henrique Cardoso, neoliberalista convicto e declarado.

Embora o grande trunfo de FHC tenha vindo com o plano real, o que conseguiu baixar e manter a inflação e mesmo que tenha havido uma pequena melhora na renda da população mais pobre. Por conta do fim do imposto inflacionário, “o desemprego aberto e o emprego na economia informal crescem a olhos vistos” (NEGRÃO 2012, p. 7), isso, juntamente com os demais requisitos citados pelo autor mencionado, caracterizou o governo FHC como neoliberal, são eles:

1) Há estudos no Ministério do Trabalho para permitir a precarização legal da contratação de trabalhadores. 2) As reformas propostas por FHC, como as da Previdência, Administrativa e da área econômica intentam abrir espaço para o mercado, diminuindo o papel do Estado. 3) Sofremos de “executivismo”: nunca antes o Executivo legislou tanto, seja por meio das medidas provisórias ou de projetos enviados ao Congresso. Ao mesmo tempo, se procura evitar que a oposição modifique determinadas medidas, através do fim dos chamados destaques de votação em separado. 4) O programa de privatizações continua em marcha, ainda aceitando as moedas podres. 5) A taxa de juros, mantida excessivamente alta, ao lado da abertura ao capital financeiro internacional, e uma forma de atrair para cá o chamado capital volátil, em boa parte especulativo. 6) A falta de medidas protecionistas.

Essa foi a busca incessante de FHC pelo então primeiro mundo. Insta ressaltar que o governo FHC ficou no poder de 1995 a janeiro de 2003, assim, o então presidente governava sob a perspectiva neoliberal já com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A localização da Constituição Cidadã frente às realidades estatal brasileira será mencionada após a elucidação histórica do tema ao final desse mesmo capítulo.

Em 2002 a chegada de um metalúrgico à Presidência da República e a sequência da atual Presidente Dilma Rousseff mudou um pouco essa perspectiva... mas nem tanto. Nas palavras de Alves (2013, p. 5), doutor em ciências sociais pela Unicamp, livre-docente em sociologia e professor da Unesp, pesquisador do CNPq e autor de vários livros sobre o tema trabalho e sociabilidade constitucional pela mesma faculdade vive-se agora o pós-neoliberalismo:

Nossa hipótese é que nos últimos dez anos de Lula e Dilma tivemos governos pós-neoliberais propriamente ditos que adotaram programas de crescimento da economia com aumento do gasto público e redistribuição de renda. É nesse sentido mais incisivo da programática política que eles podem ser considerados governos pós-neoliberais distinguindo-se, por exemplo, dos governos neoliberais da década de 1990. Desprezar a particularidade da nova conformação política neodesenvolvimentista, reduzindo-a, no plano de governo, ao neoliberalismo, como faz a extrema esquerda, é não apreender as nuances da luta de classes e os tons de cinza da dominação burguesa no Brasil.

Na verdade, ao considerar que “as políticas de transferências de renda e gasto público visando diminuir as desigualdades sociais e fortalecer o mercado interno, distingue, por exemplo, o projeto neodesenvolvimentista do projeto neoliberal propriamente dita adotado na década de 1990 por FHC” (ALVES, 2013, p. 1), identifica-se que, mesmo imergido nas heranças do governo FHC, a década governada por Lula e Dilma merece uma visualização diferente com uma visível tendência aos direitos sociais que entraram em ebulição no Estado Social.

Embora hajam críticas¹² da herança da década de 1990 e da preservação da envergadura oligárquica-burguesa entrelaçada na história brasileira e vivenciada inclusive no processo de desconstituição positivista e emancipação constitucional, ao que parece é que, segundo Safatle (2010, p. 79) “o direito constitucional passa, mas o direito administrativo permanece à persistência da estrutura administrativa de 1967”.

O que ocorre, e aqui resolvendo grande busílis do tópico em tela no que diz respeito a configuração contemporânea do Estado brasileiro, é que, segundo Luizão (2011, p. 17):

¹²Por isso, com a explicitação dos limites do neodesenvolvimentismo, o governo Dilma adota políticas contestadas de privatização do patrimônio público visando operar a lógica da governabilidade do Estado capitalista, nas margens estreitas do Sistema da Dívida. Na verdade, como observa Maria Lúcia Fatorelli, do Movimento pela Auditoria-Cidadã da Dívida Pública, a exigência de crescentes volumes de recursos para o pagamento de juros e amortizações da dívida tem impedido a realização dos investimentos necessários, o que tem sido utilizado como justificativa para a contínua e inaceitável entrega de patrimônio estratégico e lucrativo. Portanto, para continuar alimentando o sistema da dívida em âmbito nacional e regional, o governo sacrifica o povo com pesados tributos, ausência de retorno em bens, serviços e investimentos, e ainda rifa o patrimônio público. (ALVES, 2013, p. 6).

Após o advento das reformas de perfil neoliberal, a Constituição de 1988 reafirmou o papel dirigente do Estado, estabelecendo um profundo programa de ações sociais e econômicas e indicando a realização de atividades dirigidas à erradicação da pobreza e da marginalização. Ficou assim expressa a determinação político de intervir ativamente na Ordem Econômica, caracterizada por graves assimetrias sociais e regionais (CASTRO, 2009, p. 77-78). A conformação de Estado Social na Constituição de 1988 exulta especialmente da rede de proteção social nela estabelecida, que se estende pelas vertentes da saúde, da previdência e da assistência sociais. Estas prestações de natureza positiva são consideradas fatores de implementação da justiça social, “por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana”, constituindo expressão direta do Estado Social (SARLET, 2014, p. 19).

Assim, em sua essência, a Constituição Federal de 1988 brinda o Estado Social, entretanto, partir do final dos anos 90 e nas duas décadas que se sucederam, o Estado brasileiro foi sucessivamente reformado por Emendas Constitucionais de perfil liberalizante como o Capítulos da Ordem Econômica Financeira e da Seguridade Social, partindo de iniciativas tímidas já no Governo de Figueiredo (1981- 1984), passando pelos Governos de José Sarney (1985-1989), Fernando Collor (1990-1992), Itamar Franco (1992-1994) e Fernando Henrique (1994-2002), “o Estado brasileiro passou por significativa redução, com a venda de diversas empresas públicas”. (LUIZAO, 2011, p. 17). Assim, “a qualificação como Estado Social da nação construída pela Constituição de 1988, antes ou depois das reformas, é igualmente sujeita a ressalvas ideologicamente insuperáveis” (ARAÚJO, 2009, p. 12).

Nesse processo, a Constituição passa a ser um instrumento na busca da efetividade do Direito (STRECK, 2011, p. 147), como também afirma Barroso (2013, s/p):

Quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisando topicamente. Quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre possíveis soluções.

Tem-se inaugurado, portanto, o Estado Constitucional moderno, arquitetado sobre uma estrutura política-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos direitos humanos, fenômeno esse que gera um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo o conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Desta feita, pode-se compreender que a Constituição Federal de 1988, alcançou, ainda que tardiamente, sua soberania institucional, onde, por meio de uma nova ordem constitucional, solidificou-se como preceito básico legitimador da essência da organização social como um todo. Nesta baila, parece não haver dúvidas de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma, o que resta é analisar a

abrangência desse comando e as questões que a cercam bem como contextualizar os espaços pelos quais o Estado, como organismo, ocupou até a realidade atual.

Fala-se, portanto, no pós-neoliberalismo elencado por Alves no texto acima mencionado onde, embora haja um viés social ainda não visto no Estado brasileiro, o perfil neoliberal de Estado mínimo aparece com incessante incidência na governabilidade verde e amarela, tal situação parece, inclusive, um círculo vicioso onde as privatizações das empresas muitas vezes ajudam a garantir os direitos sociais constitucionalmente elencados. O Brasil é, portanto, regido sob a perspectiva do Estado Social e do Estado Neoliberal, ora, por que não ser?

1.3 HÄBERLE E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Até o presente momento hão diversas interferências e laços que contemplam o mundo contemporâneo, seja em uma análise geral, seja em uma análise afunilada. No primeiro tópico do presente capítulo, o mestre-sala de toda problemática aqui sugerida, compreendeu-se que o mundo vive na construção de um Constitucionalismo Democrático que busca pela sua própria essência a emancipação constitucional no que diz respeito a legitimação dos conceitos dos direitos e garantias fundamentais enrustidos em texto constitucional mas, principalmente, no seio da sociedade.

Ao realizar uma retrospectiva histórica, jurídica e social que abarca a incisão dos Estados mencionados na realidade mundial e brasileira, o *link* com o Constitucionalismo Democrático torna-se inegável: Ao emancipar-se, a Constituição Federal de 1988 também solidifica o seu Estado Social muito embora esteja o Brasil sob forte influência do Neoliberalismo.

Para compor essa ideia e preparar o terreno para uma análise posterior, é de suma importância que se inclua nesse elenco a interpretação constitucional de Häberle. Explica Mendes (2009, p. 1) que Peter Häberle “é certamente um dos maiores constitucionalistas do nosso tempo [...], a difusão transnacional de seu pensamento é capaz de revelar fundamentos sólidos para o desenvolvimento do Estado constitucional dos tempos hodiernos”.

Quando se pensa na interpretação constitucional à luz do entendimento de Häberle, a Constituição jamais pode ser considerada uma norma fechada, visando combater qualquer interferência do positivismo nessa seara. Para o autor, há uma “teoria constitucional das

alternativas” que pode converter-se em uma “teoria constitucional da tolerância” onde a alternativa como pensamento possível torna-se relevante. Nesse sentido anota Häberle (1980, p. 3):

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na res publica existe um ethos jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.

É nesse passo que se constrói o pensamento de que Häberle ao falar em “alternativas” ou “tolerância”, se refere a um caráter eminente aberto de interpretação constitucional onde entende-se que a Constituição não pode ser aplicada de forma de taxativa por conta das possíveis alternativas a serem contempladas quanto a diferentes lides e, principalmente, por que as realidades sociais são organismos de intensa transformação.

Assim, é evidentemente possível que haja a necessidade de uma interpretação ou visão normativa diferente da que já lhe foi dada corrigindo a anterior, e assim sucessivamente. Häberle conta com a realidade de que a diferenciação social e o pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea. Assim explica Leal (2007, p. 40):

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, por sua vez, especialmente em face do recrudescimento da ideia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição acaba, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita.

Explica a autora supracitada que este processo deve-se, em especial, à (re)democratização em sentido amplo, ocorrida no segundo pós-guerra, cujo reflexo foi a incorporação e positivação, pelos textos constitucionais, dos direitos fundamentais, acompanhada da desconfiança com relação ao critério da maioria, utilizado como elemento de legitimação do nazi-facismo, fazendo com que a tarefa de preservação dessa vontade fosse confiada à justiça constitucional. Ora, é de extrema relevância que se realize uma ligação com o Estado Social, berço dessa redemocratização, e com o Constitucionalismo Democrático que elenca a constituição ao ápice de sua soberania ao mesmo tempo em que lhe atribui um caráter principiológico. Assim, o ideal de Häberle tem ligações históricas de fato, mas é eminentemente atual.

Não existe, assim, uma norma jurídica que não seja uma norma jurídica interpretada. Diz Mendes (2009, p. 10) que segundo Häberle, “a Constituição, para ter preservada sua força

regulatória em uma sociedade pluralista, não pode ser vista como texto acabado ou definitivo, mas sim como “projeto” em desenvolvimento contínuo”. Interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Ao relacionar essa realidade com o Constitucionalismo Democrático, a norma constitucional deveria ser, portanto, interpretada de acordo com a realidade social no mesmo momento em que os conceitos principiológicos hão de ser considerados no tocante, principalmente, a atenção a dignidade da pessoa humana. Assim, “os valores são, por conseguinte, transportados para dentro das Constituições, que são, a partir deles, interpretadas em face da realidade concreta, passando a funcionar, então, como diretrizes para a vida em comum” (LEAL, 2007, p. 56).

Daí afirma Häberle (1980, p. 27):

O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve o agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados.

Não se pode perder de vista que, portanto, hoje vive-se em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais (LEAL, 2007, p. 44). À luz do entendimento de Häberle, Coelho (2014, p. 159) explica que nesse contexto:

A Constituição e realidade constitucional se implicam com tamanha intensidade, que a norma jurídica deixa de ser vista como o pressuposto para ser encarada como o resultado da interpretação, resultado a que se chega no curso de um processo no qual o programa normativo e o âmbito normativo, em permanente interação dialética, reciprocamente se exigem, esclarecem-se, iluminam-se e revelam-se.

Assim, a Constituição passa a se formar como a expressão máxima de valores isto é, “como materialização do contrato social de uma ordem democrática, caracterizadora do modelo de Estado Democrático de Direito” (LEAL, 2007, p. 54). Essa expansão, com o objetivo de evitar que a Constituição seja vazia ocasiona a situação em que “as normas constitucionais passam a ser vistas, também, como referenciais de valor e como diretivas, o que acaba por conferir ao controle de constitucionalidade uma nova dimensão” (Ibid, p. 63).

Segundo Leal (2007, p. 71), é exatamente com relação a esta abertura, que potencializa a indeterminação e a atividade criativa dos tribunais, por sua vez, que se inflama a crítica legalista, afirmando que a teoria dos valores acaba substituindo a razão e a racionalidade do

direito. Desse modo, pode-se pensar que o entendimento de Häberle dá prerrogativas a atual realidade brasileira no tocante ao Supremo Tribunal Federal. Essa aproximação da realização constitucional com uma ordem principiológica e com uma ideia de valores que marcam o chamado constitucionalismo “gera um espaço de juridicização até então jamais visto na história dos poderes” (LEAL, 2007, p. 78).

Segundo Mendes (2009, p. 12), ao escrever o citado artigo enquanto era Presidente do Supremo Tribunal Federal, Presidente do Conselho Nacional de Justiça e Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB, afirma que na jurisprudência, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em tempos recentes demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle, principalmente quando se cita “1) Amicuscuriae e audiências públicas; 2) Pensamento de possibilidades; 3) Tempo e Constituição: a mutação constitucional; 4) Estado constitucional cooperativo”.

O próprio Gilmar Mendes cita exemplos de incisão do pensamento das possibilidades no STF, segundo ele, a ADI nº 1.289/21 mostra, de forma evidente, a adoção, na espécie, de um “pensamento do possível”, tal como concebido no pensamento de Peter Häberle. A ementa do julgado assim deixou consignado o resumo da decisão do Tribunal:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juizes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado “**pensamento jurídico do possível**”. 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada. (grifo nosso).

Sobre a influência de Häberle na Suprema Corte Nacional, Valle (2012, p. 122) menciona o caso da Suspensão de Segurança 3.154-6 de 2007 do Rio Grande do Sul onde o STF “assume posição importante em respeito às condições de incidência de ora posta”. No caso, uma regra da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul prescrita no art. 35 estabelecia que “o pagamento da remuneração mensal dos servidores públicos do Estado e das autarquias será realizado até o último dia útil do mês do trabalho prestado”. A governadora da época determinou que o pagamento de todos os servidores fosse realizado dentro do calendário previsto na Constituição Estadual até um determinado valor, e o complemento da remuneração viria, excepcionalmente, no primeiro dia de abril daquele ano.

Para enfrentar a questão o Ministro Gilmar Mendes traça, e aí reafirma a autora supra citada, considerações baseadas no pensamento do possível. Na íntegra, ao suspender a segurança sob a justificativa de grave ameaça à ordem, à saúde e à ordem econômica, o Ministro justifica: “É próprio de a jurisprudência realizar positivamente a concordância das diversidades, um modo de pensar do possível”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 94, prescreve que um quinto dos lugares nos Tribunais Regionais e Estaduais será composto de membros do Ministério Público e de advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. No caso, o Supremo Tribunal enfrentou a questão de saber se, ante a inexistência temporária de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira, poderiam concorrer a vagas em Tribunal Regional do Trabalho outros membros que não cumprissem o mencionado requisito constitucional, o que entendeu possível. (MENDES, 2009, p. 13).

Nessa seara, a interpretação aberta da Constituição possibilitou uma amplitude de 99aplicabilidade de uma norma constitucional tento em vista uma realidade social alternativa e alternante. No que diz respeito a mutação constitucional e a amplitude de interpretação constitucional, **Gilmar Mendes cita que alguns exemplos de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelam que o abandono de precedentes e a adoção de nova interpretação de textos normativos, especialmente de disposições constitucionais, devem estar baseadas em cuidadosas e bem fundamentadas razões de decidir.**(grifo nosso).

O ex-ministro cita o Recurso Extraordinário nº 165.43830, por exemplo, o Tribunal reviu posicionamento anterior – fixado nos RE nº 140.61631, RE nº 141.29032 e RE 141.36733 – que consolidava o entendimento no sentido de que o art. 8º do ADCT da Constituição de 1988 (anistia) não se aplicaria às promoções por merecimento de militares. Após longo julgamento e ampla discussão, o Tribunal passou a então interpretar, de forma mais ampla, o art. 8º do ADCT da CF/88, no sentido de que, para a concessão de promoções, inclusive por merecimento, na aposentadoria ou na reserva, deve ser considerado, tão-somente, o decurso de tempo necessário para alcançar o posto na hierarquia militar, de acordo com a legislação vigente.

Segundo Mendes (2009, p. 18) na prática do Supremo Tribunal Federal:

As citadas concepções têm sido utilizadas nos casos em que a Corte produz um câmbio substancial em entendimentos jurisprudenciais anteriormente consolidados. Em hipóteses típicas de mutação constitucional ou de evolução na interpretação, em

que se altera jurisprudência consolidada, a Corte tem adotado a técnica da modulação dos efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.

Desse modo, Häberle é parte da realidade social e jurídica brasileira, tanto pelos casos supracitados quanto pela inspiração ativista as quais suas ideias se dispõem. O que se observa é que há uma hermenêutica que constrói uma emancipação constitucional que considera o Estado Social, mesmo sob a forma administrativa neoliberal, o Constitucionalismo Democrático e a incisão do ideal constitucional de Häberle nas decisões da Suprema Corte Nacional. É nesse momento de solidificação de garantias constitucionalmente construídas que se pensa em diversas formas de legitimação constitucional, realidade em que há a uma materialização de tais garantias inclusive por meio de políticas públicas.

Assim, a materialização de toda essa estrutura onde as normas constitucionais se emancipam pode passar pelas políticas públicas realizadas, motivo pelo qual o capítulo seguinte se dispõe a aprofundar os estudos perante esse instrumento que faz parte da organização das necessidades mais básicas dos nacionais.

2 A MATERIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DESAFIO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Como inspira o primeiro capítulo do presente trabalho, a ordem constitucional em geral encontra-se em um momento de quebra de paradigmas, guarnecendo-se de uma soberania institucional de grande valor. O novo momento constitucional, que considera várias teorias, dentre elas o neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Democrático, solidifica-se na legitimação integral de realidades constitucionalmente previstas. Fala-se em uma verticalização tardia, em que a hierarquia constitucional construída ao longo dos séculos alcança, finalmente, a sua essência.

Nesse viés, por meio dessa nova realidade jurídico-social, ocorre o fenômeno de constitucionalização do Direito Ordinário onde todas as leis de um ordenamento devem ser compreendidas à luz normativa e principiológica da Constituição Federal de 1988. Desse modo, o Direito, por encontrar-se frente a uma sociedade globalizada onde o sistema jurídico não se encontra mais suficiente para gerir a multiplicidade de realidades sociais diversificadas, incorporou a *persona* de legitimador de Direitos e Garantias inerentes a vida tanto do particular quanto da vida em comum impondo uma perspectiva constitucional na aplicabilidade de leis ordinariamente arquitetadas.

Ao passo em que o novo constitucionalismo vai se estabelecendo, no Brasil, há um dissabor no que diz respeito ao que a Constituição Federal de 1998 prevê e o que de fato acontece. Segundo Barroso (2013,s/p), o Estado “vive uma crise existencial”, não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos: de fato, a **injustiça** passeia pelas suas com passos firmes (BRENCH, 1997), e a **insegurança** é a característica da nossa era (KENNETH, 1984) (grifo nosso).

À luz das manifestações sociais¹³ como a exemplificação de uma crise democrática, tal crise injeta-se em diversas áreas de contato direto com as necessidades coletivas:

¹³Não há que se falar em contentamento popular com a situação em que o Brasil se posiciona ao mesmo tempo em que se assiste às insatisfações populares materializadas de forma concentrada especificamente nas manifestações de 2013 e 2015. Segundo a Folha de São Paulo (2013, p.2) quando um grupo de jovens se reuniu no dia 6 de julho na Avenida Paulista para contestar o aumento da tarifa de ônibus de São Paulo, ninguém poderia imaginar que aquele seria o marco zero da **maior sequência de protestos no país desde o Fora Collor** (grifo nosso).O portal da Globo de comunicações *online*, G1 (2014, s/p), ao realizar uma pesquisa dos motivos das reivindicações populares identificou os seguintes números: 57,3% manifestavam por transporte público de qualidade, 36,7% manifestavam por melhorias na saúde, 29,8% manifestavam por melhorias na educação e 49,4% manifestavam, dentre outros temas, contra a corrupção. FOLHA DE SÃO PAULO. **Retrospectiva: manifestações não foram pelos 20 centavos.** 2013. Disponível em

Assim, depara-se com problemas sociais variados desde a providência social, a obtenção de empregos, o ensino, a aposentadoria, a ausência de saneamento básico, a falta de atendimento médico, o aumento significativo da violência e a miséria, a falta de controle efetivo das contas públicas, além de outros problemas sociais. (SOUZA E MEZZAROBIA, 2014, p. 475).

Continua o autor a relatar o que se acompanha diariamente nos noticiários. As áreas de habitação, saneamento básico, transporte público, por sua vez, entraram em compasso de espera, enquanto a educação é a marcada por sucessivos continuísmos e falta de vontade política para a implementação das reformas contidas no Texto Constitucional (Ibid, p. 477).

É importante ressaltar que a esfera pública conecta-se em redes e por redes divulga os temas de interesse da população, sem especializações e rebuscamento. Segundo Habermans (1997, p. 93) o ambiente de generalização que ela desencadeia leva a “uma renúncia de linguagens de especialistas ou a códigos especiais”. Desse modo, embora esparsas, as ideias populares difundidas ganham legitimidade, independente de suas formas ou conexões. Nesse sentido afirmam Souza e Mezzaroba (2014, p. 489):

É imprescindível reconhecer que a ciência, assim como a lei, não detém o conhecimento pleno, acabado e a verdade absoluta, sendo necessário promover o resgate do senso comum e o conhecimento prático e vulgar. Assim o pensamento pós-moderno necessita se impregnar de senso comum.

Quando se considera que, segundo Souza e Mezzaroba (2014, p. 484), “o ponto de partida para a mudança é a análise da influência do aspecto jurídico na vida em sociedade”, identifica-se, por conseguinte, o grande paradigma contemporâneo brasileiro: ao passo em que o Brasil se deleita sob o escopo do Estado Social, acompanha a incisão do Constitucionalismo Democrático em suas raízes jurídicas, se atenta as lições de Häberle quanto a abertura constitucional, e entende a necessidade de atenção ao mínimo existencial elencado perante a Constituição Federal de 1988, vive uma crise institucional que vincula os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário onde a insatisfação popular com a materialização das políticas para os mesmos dispostas é gritante e endossada pelas concepções doutrinárias de que o Estado está em crise. Ora, o que parece é que os Direitos Fundamentais passem em um campo quase que cósmico, não palpáveis frente a realidade contemporânea brasileira.

Em uma perspectiva jurídica, na tarefa de reconhecer os Direitos Sociais, principal foco das políticas públicas, a Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhes um caráter aberto, indeterminado. As normas constitucionais têm claramente um escopo principiológico e são

certamente dotadas de características de normas programáticas¹⁴, necessitando sempre de uma norma posterior que a regulamente sem que não haja interferência alguma em sua eficácia, visto que conforme Bonavides (2004, p. 248) as normas programáticas “não podem ser entendidas como simples programas, declarações ou promessas”.

Dessa forma, a eficácia das normas sociais está atrelada a interpretação que deverá ser dada à elas pelo governante eleito, que deverá reconhecê-las como sendo de aplicabilidade imediata, conforme determina no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, no entender do mesmo autor. Segundo Bonavides (2004, p. 300) “a corrente majoritária vem consolidando o entendimento de que as normas que consagram direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, abrangidas pelo art. 5º, § 1º, da Constituição, tendo aplicabilidade ou eficácia imediata”.

Nessa baila, o Direito não pode, pois, como firmam Souza e Mezzaroba (2014, p. 486) “ser examinado por meio de dogmas”. O dogma deve, por conseguinte, se transformar em problema e, por isso, é necessário superar a mera utilização da lógica formal, examinando as normas e os conflitos à luz da dialética social, fato este que em um momento contemporâneo se enche de significado, criando a necessidade da construção de uma forma legitimadora da Constituição Federal de 1988, especialmente por que, ultrapassando suas bodas de prata, ela ainda busca respeito.

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS

Estabelecido o *link* direto das políticas públicas com a materialização dos Direitos Fundamentais e dada a introdução quanto ao desafio brasileiro de legitimar essa relação, é de suma importância que se alcance os conceitos básicos das políticas públicas, dando forma a esses conceitos e dando forma a ideia abstrata que cerca essa questão.

A forma com que se compreende as políticas públicas está diretamente ligada com o que se compreende de Estado. Na sabedoria popular o conceito de políticas públicas se resumiria em uma atitude proativa do Estado intervencionista (no nosso caso do Estado Social com interferências Neoliberais) com o objetivo de transformar alguma realidade social e

¹⁴ [...] são normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 2003, p. 45)

prover algum mecanismo que fosse demanda de uma coletividade, atacando algum problema. Ocorre que, segundo Dias (2011, p. 319), essa definição se mostraria um tanto quanto simplista, “uma vez que trata o Estado como um ator que opera de forma autônoma e beneficia a sociedade como um todo através de suas ações”.

Em um esforço para a sistematização de ideias no que diz respeito ao conceito de políticas públicas, Souza (apud Dias, 2011, p. 319), faz um abarcado de estudiosos sobre o tema que se dispuseram a traçar uma linha conceitual:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz.

De toda sorte, uma situação é fato: quando se fala em políticas públicas há sempre o envolvimento do Estado fazendo algo para os cidadãos com o fim de produzir efeitos específicos e, ainda, caso se considere Dye (1984), as políticas públicas também podem ser entendidas como algo que o Estado deixa de fazer. De forma despretensiosa, pode-se dizer que as políticas públicas materializam o movimento do Estado, ou a falta dele.

É impossível que não se inclua nesse conceito traçado, o amplo alcance dado às políticas públicas no tópico anterior quanto aos desdobramentos da mesma como sendo o principal mecanismo estatal de realização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caso não se conceitue dessa forma “está-se a mitigar a importância de um instrumento de realização dos Direitos Fundamentais, o que não se pode prescindir em face da realidade atual, em que não é difícil se constatar que o Brasil é hoje um país mais injusto e desigual” (BREUS, 2006, p. 42).

O SEBRAE, ao realizar uma cartilha denominada “Políticas Públicas: Conceito e prática”, transcrita por Lopes e Amaral (2008, p. 3), define políticas públicas como “ações, metas e planos que os governos traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público”. Insta ressaltar que, para Dias e Matos (2012, p. 69), toda política pública nasce de um problema:

Delimitar um problema público é politicamente fundamental no processo de elaboração de uma política pública; envolve definir quais são seus elementos e

sintetizar em uma fase a essência do mesmo. No entanto, é importante destacar que qualquer definição oficial do problema é temporária. Nas fases sucessivas de formulação das alternativas e, principalmente, na implementação, os problemas públicos podem ser redefinidos e adaptados por alguns dos atores envolvidos.

Ao dividir o processo de políticas públicas em fases, após a identificação do problema, Dias e Matos (2012, p. 70) ainda delimitam fases supervenientes apontadas como a fase de formatação de agenda, onde o problema passa a fazer parte da pauta de discussão pública, a fase de formulação de políticas públicas, seguida pela etapa de tomada de decisão pela autoridade política ultrapassada pela fase de implementação. Tais fases são realizadas pelos “atores” das políticas públicas, denominados por Lopes e Amaral (2008, p. 4) como:

No processo de discussão, criação e execução das Políticas Públicas, encontramos basicamente dois tipos de atores: os ‘estatais’ (oriundos do Governo ou do Estado) e os ‘privados’ (oriundos da Sociedade Civil). Os atores estatais são aqueles que exercem funções públicas no Estado, tendo sido eleitos pela sociedade para um cargo por tempo determinado (os políticos), ou atuando de forma permanente, como os servidores públicos (que operam a burocracia).

Em uma perspectiva não extensiva, “pode-se dizer que são os poderes Legislativo e Executivo que dão início ao processo de formulação das políticas públicas” (Cavallieri; Machado, 2008, p. 383). Explica o autor que o processo de formulação de política pública normalmente “se inicia com a edição de leis infraconstitucionais, por meio de projetos de lei, os quais serão elaborados, na maioria das vezes, pelo Poder Executivo e levados para aprovação do Poder Legislativo”.

Muito embora as criações das políticas públicas passem pelos poderes Executivo e Legislativo, após as fases mencionadas acima, a execução de tais demandas, segundo Appio (2005, p. 167) a execução das políticas públicas foi imposta ao Poder Executivo, conforme expressa: “A prática de atos administrativos que incumbe ao Poder Executivo, uma vez que o constituinte de 1988 previu, no art. 84, II, que incumbe ao Poder Executivo o exercício das atividades inerentes à Administração Pública”.

A visualização dessa execução se dá por meio de edições de leis específicas que regulamentem aspectos periféricos ainda pertinentes, a edição de decretos, portarias e resoluções, a realização de licitações e atos administrativos, a contratação de agentes públicos, ou seja, a movimentação da máquina estatal, que pode ser feita de diversas formas, fica à mercê das demandas do Poder Executivo.

Kim e Miranda (2010, p. 75) afirmam que as políticas públicas podem ser classificadas pela doutrina em três espécies, quais sejam: distributivas, redistributivas e

regulatórias. As políticas públicas distributivas relacionam-se diretamente com os preceitos básicos do mínimo existencial para a vida dos cidadãos. As políticas públicas regulatórias têm mais a ver com um gerenciamento da ordem pública e as políticas públicas redistributivas visam regulamentar e estabelecer um repasse econômico, assim explicam os autores:

As políticas públicas distributivas estão amparadas por obrigações estatais positivas fixadas pela Constituição Federal com o objetivo de proporcionar as condições básicas e fundamentais dos cidadãos, nas áreas da seguridade social, habitação, saúde, educação etc. As políticas públicas regulatórias estabelecem proibições, ordens, diretrizes a uma determinada atividade, ou seja, visam regular determinado setor, não implicando nestes casos, necessariamente, custos ao governo. As redistributivas visam estabelecer um sistema de repasse de rendas na forma de recursos ou de financiamentos de equipamentos e de serviços públicos, garantido por programas governamentais ou por projetos de lei, e o beneficiário percebe as rendas como direitos sociais atingindo um determinado grupo de beneficiários. A política pública redistributiva intervém na economia da sociedade, criando espécies de estruturas para amenizar as desigualdades sociais. Seu objetivo é o deslocamento legal e justo de recursos financeiros, diretos ou indiretos, às camadas sociais e grupos da sociedade.

Em um fim didático pode-se exemplificar como política pública distributiva a distribuição de subsídios, como política regulatória uma reforma tributária, uma concessão ou não de privatização de algum tipo de serviço público e políticas públicas redistributivas, programas como o bolsa família ou a reforma agrária.

Corroborando com a classificação, Lopes (2001, p. 32) informa, mesmo atribuindo nomenclatura diversa, que existem vários tipos de políticas públicas, quais sejam, o das políticas sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (saúde, educação, segurança, justiça, etc), das políticas sociais compensatórias (previdência e assistência social, seguro desemprego, etc), das políticas de fomento (créditos, incentivos, desenvolvimento industrial, etc), das reformas de base (reforma urbana, agrária, etc), das políticas de estabilização monetária.

Dada a atribuição dada aos parâmetros conceituais das políticas públicas e o desafio contemporâneo da efetivação das mesmas, é de suma importância que se analise a relação dada entre as políticas públicas e a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente previstos, desafio ao qual o próximo tópico se dispõe.

2.2 O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS

Já de princípio, é importante que se pense que as políticas públicas, objeto do tópico posterior, podem condicionar-se de forma total à materialização dos direitos fundamentais, sendo inclusive, condição para a realização dos mesmos. Sob essa ótica, a ligação entre o mínimo existencial idealizado enquanto saúde, educação, saneamento básico e diversos outros exemplos e a dignidade da pessoa humana, base de todos os outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, é uma ligação íntima, onde:

Sem prejuízo de sua previsão internacional dos direitos humanos (artigo 25 da Declaração da ONU, 1948), que atribui a todas as pessoas um direito a um nível de vida suficiente para assegurar a saúde, o seu bem estar e o da sua família a associação direta e explícita do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana foi incorporada à constituição brasileira em 1934 onde o art. 170 da atual Constituição Federal dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. (SARLET, 2014, p. 309).

Esse mínimo existencial, que se direciona de forma plena à materialização dessas possibilidades por meio do Estado, quando é vinculado com a dignidade da pessoa humana, abrange mais do que mera sobrevivência física, mas principalmente a uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da personalidade (Ibid, p. 313). Assim, pode-se falar que a dignidade da pessoa humana só se alcança mediante a realização de preceitos mínimos básicos, e, essa relação, além de estar positivada na Constituição Federal de 1988, tem um alcance internacional conforme os ditames das Organizações Unidas.

O autor exemplifica o alcance do Estado perante a realização do mínimo existencial citando a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, e diversos outros direitos sociais. Nesse gancho afirmam Souza e Mezzaroba (2014, p. 476):

As polícias públicas devem, por primeiro, assumir uma agenda que garanta um mínimo de condições para os cidadãos e, nesse sentido, temas como a previdência social, assistência social, educação, saúde, geração de emprego e erradicação da miséria, habitação, transportes, saneamento básico e reforma agrária, são fundamentais.

À atribuição às políticas públicas de instrumento de que dispõe o Estado, na forma da Administração Pública, para efetivação de Direitos Fundamentais é fator claro e legítimo. Leal (2013, p. 646) afirma que “os direitos sociais previstos na Constituição Federal geralmente necessitam de políticas públicas para a sua efetivação e concretização”. Assim concorda Breus (2006, p. 30):

As políticas públicas, nessa linha, apresentam-se como um mecanismo efetivo de gestão pública. Na atualidade, porém, as políticas públicas, ainda que utilizadas como um dos principais instrumentos da ação estatal, não são realizadas de forma convergente, integrada e articulada a fim de realizar os Direitos Fundamentais e os objetivos da República.

Tal prática estatal, por efeito, se torna, por sua vez, ainda mais significativa no contexto de um Estado Democrático de Direito, em que se ampliam os direitos fundamentais e suas esferas de proteção. Sobre a interação das Políticas Públicas nesse contexto afirma Leal (2013, p. 645):

Exemplo clássico do Estado Democrático de Direito é a proteção e concretização dos direitos fundamentais sociais, que tem, como uma de suas prioridades e características, demandarem uma atuação, uma prestação fática por parte do Estado. No caso desses direitos, que visam proteger o cidadão garantindo-lhe uma vida digna, há a previsão de que serão protegidos e garantidos na forma da Constituição, mediante um conjunto de iniciativa dos Poderes Públicos (políticas públicas) a serem financiadas pela sociedade, por intermédio de contribuições sociais.

Desse modo, parece válido o raciocínio segundo o qual, assim como a doutrina Constitucional da efetividade é complementada pela doutrina neoconstitucionalista, que busca dar uma maior fundamentação aos Direitos Fundamentais que devem ser efetivados, a disciplina jurídica das políticas públicas igualmente necessita da construção de uma dogmática jurídica adequada para a sua concretização, e por decorrência, dos próprios Direitos Fundamentais que, inclusive, serão expostos em tópico infra para maior elucidação da matéria.

2.2.1 Dos Direitos Fundamentais

Entendida a relação das políticas públicas com o mínimo existencial e a relação de ambos com os direitos fundamentais onde as políticas públicas de fato é a forma estatal de materializar os direitos fundamentais, é de suma importância que se conceitue a profundidade

do estudo dos direitos fundamentais. Ora, todo o estudo aqui proposto, seja do início onde verificou-se a construção do Constitucionalismo Democrático no âmbito brasileiro, a concretização do Estado Social na sua envergadura interpretativa, o posicionamento de Häberle segundo a arquitetura do ideal de uma constituição, a crise democrática brasileira em entender esses conceitos mas ter dificuldades de efetiva-los e a íntima relação disso tudo com as políticas públicas e mais tarde, como será mencionado quanto a problemática do trabalho em tela, todas as questões que envolvem o ativismo judicial tem esse elo: os direitos fundamentais.

O início do que se concretiza enquanto direito fundamental dar-se com a evolução do estado mencionada anteriormente. Afirma Bobbio (1998, p. 60) que “os direitos não nascem de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.”

A doutrina classifica os direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira geração. Segundo Marchinacki (2012, p. 168) “a primeira geração de direitos fundamentais dominou o século XIX, entretanto, o que influenciou os direitos fundamentais de primeira geração foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão editada pela Revolução Francesa de 1789”, ou seja, a mesma inspiração dada perante o Estado Liberal. Bonavides (2004, p. 563) explica a geração dos direitos fundamentais.

Para o autor, os direitos fundamentais de primeira geração correspondem os direitos de liberdade, que são os direitos civis e políticos. Exemplos desses direitos são a liberdade de consciência, de culto e de reunião e a inviolabilidade de domicílio. Como os direitos de primeira geração nasceram em um Estado Liberal, a grande característica deles é a não intervenção do Estado, ou seja, a liberdade na sua essência.

Quanto à segunda geração dos direitos fundamentais, estes dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e sociais. A segunda geração dos direitos fundamentais segrega a liberdade como objetivo principal da comunidade afim da incisão do Estado enquanto garantidor de realização de justiça social. Esses direitos “[...] atravessaram a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata” (BONAVIDES, 2004, p. 564). Disso decorre que esses direitos não podem mais ser descumpridos ou ter sua eficácia negada com o simples argumento de tratar-se de norma programática. São exemplos de direito fundamental de segunda geração o direito a greve, a remuneração salarial, e demais direitos sociais como a saúde.

Segundo Bobbio (1998, p. 30) a Declaração dos Homens de 1948 dá início a terceira e mais importante fase dos direitos fundamentais, pois, além de ser dotado de uma universalidade, ainda “põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado”. São exemplos de direitos humanos de terceira geração a qualidade do meio ambiente, o direito à paz, e a proteção ao patrimônio histórico e cultural, é, portanto, o direito fraterno.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conseguiu resumir de forma clara e precisa as características principais de cada uma das gerações dos direitos fundamentais ao consignar:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF – MS 22.164-0/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 17/11/95, p. 39206).

Hoje em dia fala-se nos Direitos Fundamentais de quarta, quinta e até sexta geração onde, segundo Bonavides (2004, p. 571) “globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”. Segundo ele, os direitos da quarta geração consistem no direito à democracia, direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a materialização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo quedar-se no plano de todas as afinidades e relações de coexistência.

Inserida entre os Direitos Fundamentais de quarta geração, a democracia positivada há de ser, necessariamente, uma democracia direta, que, conforme Marchinacki (2012, p. 170) “se torna a cada dia mais possível graças aos avanços tecnológicos dos meios de comunicação social e sustentada legitimamente pela informação correta e aberturas pluralistas do sistema”.

Os estudiosos contemporâneos trabalham com a ideia de que os Direitos Fundamentais não correspondem a gerações, mas sim a dimensões, entretanto, seja qual for a denominação atribuída, os Direitos Fundamentais não se excluem quanto aos seus níveis. Complexa na doutrina também é a atribuição ao conceito de direito fundamental. Segundo Marchinacki

(2012, p. 172) “a doutrina majoritária defende que o ponto característico dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com o referido pensamento, os direitos fundamentais possuem lastro no princípio da dignidade da pessoa humana”.

Gomes Canotilho (1998, p. 373) defende a existência de um sentido formal dos direitos fundamentais positivados, dos quais derivam outros direitos fundamentais em sentido material, não constituindo, portanto, os direitos fundamentais, um sistema fechado. Os direitos fundamentais “formalmente constitucionais” são os enunciados por normas com valor constitucional formal e os “materialmente fundamentais” são os constantes nas leis aplicáveis de direito internacional não-positivados constitucionalmente.

Preconiza Robert Alexy (2008, p. 73) existem dois grupos de normas de direitos fundamentais, “as estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas”. Para Alexy, as tais normas atribuídas serão validadas a partir de uma referência a direitos fundamentais positivados nestas normas atribuídas. Assim, o surgimento da norma atribuída decorre da evolução interpretativa de uma norma efetivamente estabelecida.

Sarlet (2014, p. 91) também defende a existência de direitos fundamentais fora do texto constitucional, mas pertencentes a um sentido material de fundamentalidade, afirmando que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Nessa mesma linha de entendimento, José Afonso da Silva (2003, p.178) identifica nos direitos fundamentais uma nota de essencialidade. Para este autor, “no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. E é essa essencialidade que determina, ao lado do seu reconhecimento formal, a efetivação dos direitos fundamentais de forma material e concreta.

Assim, muito embora hajam divergências interpretativas, uma coisa é certa, além da essencialidade existem características inerentes ao rol dos direitos fundamentais que abrangem a historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, limitabilidade ou relatividade e universalidade, se vinculam ao mínimo existencial e se concretizam por meio de políticas públicas.

Ocorre que, por vezes, conforme exemplificado no início do capítulo, o Estado acaba não entregando as comunidades os ditames que correspondem aos direitos fundamentais.

Nessa seara é indissociável que haja a interligação dos direitos fundamentais com os direitos sociais, assim lembra José Afonso da Silva (2003, p. 156):

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Como efeito, a aproximação da constituição com o cidadão a partir da constitucionalização do direito ordinário autenticado em um sistema neoconstitucional arquitetado em uma perspectiva pós-moderna, pode ser materializado na incisão do Judiciário no Executivo e no Legislativo. Ao mesmo passo, verificou-se no Brasil uma “judicialização de questões políticas e sociais que passaram a ter nos tribunais uma instância decisória final” (BARROSO, 2013, s/p), assim, os direitos fundamentais começaram a buscar sua efetivação frente ao Judiciário. É nessa seara que se inaugura o capítulo anterior que tem como objetivo principal contextualizar todas as questões até aqui abordadas e abranger e resolver a problemática proposta no trabalho no que corresponde ao ativismo judicial e a seus limites.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES

Há tempos verificou-se no Brasil uma “judicialização de questões políticas e sociais que passaram a ter nos tribunais uma instância decisória final” (BARROSO, 2013, s/p). A influência da incidência desse fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro passa pela consolidação do Estado Social promotor de bem comum ao mesmo passo em que a constitucionalização do direito ordinário, sob a fonte do constitucionalismo democrático, irradia-se nas concepções jurídico-filosóficas contemporâneas.

Assim, ocorreram dois fenômenos modificadores do Direito tradicional: as demandas das pessoas frente ao Judiciário, que agora passam a buscar políticas públicas e sociais por meio da persecução processual, e o próprio posicionamento do Direito frente a esta realidade, pois, agora, se permite prestar uma tutela jurisdicional que se desprende da tecnicidade e atinge a tentativa de efetividade. O próprio contexto sócio-político do Brasil, coordenado por uma Constituição Dirigente repleta de valores, “permite o redimensionamento do papel do Judiciário, com a consequente judicialização da política, afeta inicialmente ao Legislativo ou ao Executivo” (OLIVEIRA, 2008, p. 284), em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

A execução de políticas públicas que se direcionam a promoção do bem comum, como citado em tópico supra, tem passado, portanto, nas mãos do Poder Judiciário. Moraes e Barros (2014, p. 180) exemplificam essa atuação ao afirmarem que O STF tem julgado casos importantes, como “causas relacionadas ao racismo e ao antissemitismo”¹⁵, o fornecimento de medicamentos pelo Estado¹⁶, os direitos dos índios e de suas terras¹⁷, o reconhecimento da união homoafetiva¹⁸, dentre outros.

Ramos (2013, p. 264) exemplifica a incidência do STF na promoção de políticas públicas no caso em que o mesmo “atribuiu eficácia plena à norma do artigo 208, inciso IV da Constituição que estabelece o dever do Poder Público de assegurar a educação infantil, em creche e pré-escola, de crianças até cinco anos de idade”. Ao proceder desse modo:

¹⁵ STF-HC 82424/RS, pleno. Relator Min. Moreira Alves, redator para Acórdão Maurício Correa, DJ.

¹⁶ STA 175/CE. Min Gilmar Mendes. DJ 28.09.2009.

¹⁷ Pet 3888, Rel. Min Carlos Brito.

¹⁸ ADPF 132; ADI 4277, Relator Min Ayres Brito. DJ 05.05.2010.

Reconheceu a Corte, ao menos implicitamente, que se estava diante de norma de eficácia limitada e de natureza programática, cuja efetiva implementação, mais do que de integração legislativa, dependeria da execução de políticas públicas adequadas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, afirmando caber ao Poder Judiciário, contudo, um poder de controle do cumprimento dessas demandas pela Constituição.

Insta ressaltar que toda a arquitetura de ideias até aqui realizada dá base às justificativas do fenômeno do ativismo judicial. O mesmo passa pela falta de materialização de preceitos constitucionalmente previstos ao mesmo tempo em que o Constitucionalismo Democrático elenca a Constituição Federal de 1988 no ápice de sua emancipação. Muito embora Streck (2014, p. 182) afirme que “o problema é que ainda não conseguimos fazer um diagnóstico acerca das razões pelas quais isso vem sendo assim”, acarretando na obrigação do STF de institucionalizar uma espécie de “coalizão político-judiciária” que repete o mínimo como metáfora, para Violante (2014, p. 14) “a política do Direito emerge como resultado do neoconstitucionalismo uma vez que este assumiu a tarefa de esgotamento das democracias por meio de uma valorização extrema da lei e um forte emprego dos recursos do sistema judicial para o seu reconhecimento”. Neste quadro, os juízes assumem uma nova roupagem: para além de garantidores de direitos passam a criadores destes, contribuindo, com isso, para aquilo que se passou a nomear ativismo judicial, e pondo em xeque a forma de governo, subtraindo as políticas públicas das maiorias parlamentares, eleitas e responsáveis e transferido-as para a tecnocracia das jurisdições e criando um “estado de natureza interpretativo” (STRECK, 2014, p. 185).

Barroso (2012, p. 231) elenca relações de justificativas e causas que tentam explicar esse fenômeno:

Essa judicialização possui múltiplas causas, no Brasil, uma das principais reside na redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e expandiu as funções do Judiciário, encarregado, precipuamente, da guarda da Constituição e da garantias dos direitos fundamentais. Outra causa, que deriva da primeira, é a inserção de matérias de caráter político na Constituição, cuja a constitucionalização significa transformar Política em Direito. A terceira causa está associada ao controle de constitucionalidade, bastante abrangente, associado a um modelo constitucional abrangente e analítico.

Leal (2013, p. 642) firma que o que tem se verificado na atualidade, “é um aumento da atuação do Poder Judiciário em âmbitos que normalmente não estariam inseridos”. A autora justifica essa inserção pela virtude da ineficiência dos demais poderes no cumprimento de suas funções. Assim, na ebulição do Estado Social ou pós Neoliberal nas palavras de Alves (2013, p. 45), a própria Constituição Federal de 1988, quando traz em seu bojo uma série de Direitos Fundamentais que demandam constante concretização desloca o polo de tensão entre

o Direito e a Política para o Judiciário, que, ironicamente, tem uma função contramajoritária, qual seja, a de garantir o acesso das minorias à decisão política.

Na mesma seara de tentativa de compreender esse fenômeno, Ramos (2013, p. 268) elenca como fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil: “O modelo de Estado intervencionista, e a expansão do controle abstrato de normas¹⁹”.

Diante da complexidade de tais ideias, Leal (2013, p. 642) questiona se “o judiciário é uma instância adequada para a resolução dos conflitos existentes na sociedade ou ele se constitui apenas em um mal necessário?”. A mesma autora afirma que essa situação “tem causado grandes debates políticos e jurídicos”.

Cappeletti, já em 1993 (p. 46) em seu livro “juízes legisladores?” já esboçava que essa realidade ativista se trataria de uma realidade problemática:

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade, de um outro lado, há o consequente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. A dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, a concepção tradicional típica do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se, enfim, **o terceiro gigante**, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador. (grifo do autor).

Machado (2010, p. 10), corroborando com os questionamentos que cercam o ativismo judicial explica que “existem diferentes avaliações a respeito da repercussão do papel invasivo do direito nas instituições políticas”. Segundo o autor, há um eixo procedimentalista²⁰, em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados, e um eixo substancialista²¹ que preconiza uma participação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas.

¹⁹ Tanto o controle concentrado de constitucionalidade quanto o controle difuso de constitucionalidade introduzem o crescimento do ativismo judicial. A principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função jurisdicional. Com efeito, quer em uma hipótese como outra, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com efeitos ferais, ou erga omnes, de outra parte, quer no controle concentrado, quer no controle difuso, registra-se tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais (RAMOS, 2013, p. 277).

²⁰ De acordo com o eixo procedimentalista, a igualdade, ao reclamar mais Estado em nome da justiça distributiva, favorece a privatização da cidadania. A democratização social tem como consequência a estatização dos movimentos sociais, a decomposição da política e a judicialização da mesma. O gigantismo do poder Judiciário gerou um desestímulo a um agir orientado para fins cívicos, tornando o juiz e a lei como as únicas referências para indivíduos socialmente perdidos. (OLIVEIRA; CARVALHO NETO, 2006).

²¹ Em um viés substancialista, o jurista norte-americano Ronald Dworkin propugna a transferência de questões políticas para o Poder Judiciário a fim de preservar e concretizar direitos individuais. “Estou afirmando agora

Percebe-se, pois, que existem vários problemas que circundam a promoção de políticas públicas por meio do ativismo judicial. Ora, não havia como ser diferente, o mundo contemporâneo vive uma nova dimensão de valores. Diante dos motivos elencados, quais sejam, as dúvidas jurídico-filosóficas pelas quais passam o ativismo judicial no exercício de seus valores, questiona-se: quais são os limites do ativismo judicial na efetivação das políticas públicas frente à inércia do Poder Executivo?

Para a resolução dessa problemática, o trabalho irá se dispor a seguir a dispor sobre o conceito de ativismo judicial, sobre as críticas ao ativismo judicial, e, posteriormente, abarcar os parâmetros para que se trace os limites do ativismo de acordo com a doutrina e com a jurisprudência.

3.1 O ATIVISMO JUDICIAL

Para que se trace parâmetros quanto aos seus limites, é indispensável que se conceitue o ativismo judicial. Oportuno se faz lembrar nesse momento do agulhão semântico de Dworkin²². Para ele, suas vítimas são aquelas que pensam que somente podemos discutir sensatamente se todos aceitarmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas. Quer dizer: só pode-se discutir sensatamente sobre quantos livros há em uma mesa se houver um acordo, em linhas gerais ao menos, do que é um livro. Desse modo, só pode-se discutir os limites do ativismo judicial se houver uma concepção mínima do que é ativismo judicial.

Tal conceito torna-se ainda mais importante quando se verifica o fato de que, segundo Moraes e Barros (2014, p. 148) “a maioria das ações de inconstitucionalidade tem sido rejeitada perante o STF”. Para muitos, essa seria uma forte demonstração de que o STF não é ativista, ou não estaria “judicializando”, nessa seara, o que é então o ativismo judicial?

A ideia do ativismo está associada a uma participação mais ampla do Judiciário que ultrapassa os contornos da judicialização da justiça. Tendo em vista que muito se confunde quanto a esses dois institutos, para que se entenda o ativismo necessita-se primeiramente entender a judicialização do Poder Judiciário. Barroso (2012, p. 12), atual Ministro do

apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 60.

²²DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Supremo Tribunal Federal e visível interessado no tema, diferencia o ativismo de judicialização. Para o autor, “a judicialização representa em grande parte a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal”.

A judicialização é fato, como causa, o Barroso (2013, p. 35) aponta “a redemocratização do país, que levou as pessoas a procurarem mais o Judiciário; a constitucionalização, que fez com que a Constituição de 1988 tratasse de inúmeros assuntos; e o sistema de controle de constitucionalidade”. A Constituição, brinca, “só não traz a pessoa amada em três dias”.

Com efeito, a judicialização é o fenômeno que cerca a incisão de questões que antes eram atribuições que diziam respeito tão somente ao Legislativo e ao Executivo. É a chegada de questões políticas ao judiciário, é a certeza que as pessoas têm²³ de que podem bater à porta do judiciário para lidarem com demandas originariamente e exclusivamente políticas. A vida, como um todo, judicializou-se. A judicialização é um fato e não uma vontade política do Judiciário, é a circunstância do modelo constitucional democrático que circunda os tempos atuais.

Já o ativismo, ao contrário da judicialização, não é fato, assim firma Barroso (2012, p. 14): “é uma atitude”. O ativismo acontece quando há um déficit de outros poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis. O autor diferencia de forma efetiva essa questão:

A judicialização, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 372)

A judicialização da política representa, portanto, um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui controle, são fatores preexistentes em relação à sua

²³Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no Judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (Legislativo e Executivo)”. Muitos fatores contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos (que cada vez mais aparecem como protagonistas de casos de corrupção), passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, “o juiz (melhor seria dizer: o Judiciário — acrescentamos) passa a ser uma referência da ação política”. O autor francês identifica, nessa faceta da manifestação social, um tipo degenerado de democracia que tende a se legitimar a partir da perspectiva de que a possibilidade de o próprio indivíduo poder buscar a tutela jurisdicional na defesa de seus interesses juridicamente protegidos representaria um tipo de democracia direta (que, pretensamente, estaria livre dos desvios éticos a que está sujeito o processo político baseado no tradicional modelo representativo de democracia). Nas palavras de Garapon: “O debate judicial individualiza os desafios: a dimensão coletiva existe, mas de forma incidente. Visa um compromisso mais solitário do que solidário. Através dessa forma direta de democracia, o cidadão litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação.” (GARAPON, 1998, p. 41).

atividade e atuação. São, na verdade, *razões de ordem político-sociais* que podem ser pensadas de diversas maneiras. Portanto, fica evidenciado que a judicialização é um fenômeno que independe dos desejos ou da vontade dos membros do Poder Judiciário. “A judicialização, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passaram os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático” (GARAPON, 1998, p. 41).

O ativismo é a atitude proativa do magistrado de lidar com essas questões judicializadas. Ocorre que muitas vezes, dada a nova envergadura do Direito, as demandas que chegam ao Judiciário não tem padronizações legais objetivas. Nesse passo, o magistrado ativista vale-se de princípios constitucionais ou demais demandas interpretativas para lidar com essas questões já que o mesmo não pode privar-se de oferecer uma tutela jurisdicional. Garapon (1998, p. 42) explica o ativismo:

O ativismo, por outro lado, está situado dentro do Direito — no âmbito interpretativo, da decisão judicial — mas, paradoxalmente, também está fora, na medida em que a estrita dependência em torno daquilo que o juiz pensa, entende ou deseja no julgamento de uma determinada questão judicializável. Na falta de efetivação de um direito fundamental, o Judiciário, se provocado, evidentemente, está autorizado a agir para concretizá-lo.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Faz-se distinção entre o juiz ativo e o juiz ativista, numa tentativa de conceituação do ativismo atribuída Leite (s/d, p. 4), Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, explica:

O juiz que pronuncia suas decisões e cumpre os seus deveres funcionais com diligência e dentro dos prazos legais pode ser considerado ativo; será ativista se, ademais disto, e a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, souber interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor.

O chamado ativismo judicial é uma realidade social, onde, segundo Barroso (2010, p. 45) “há um leque de exemplos” pronunciados pelo Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais na realização de:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Assim, podendo alcançar diversas searas da vida em comum e buscando uma forma que melhor realize a legitimação de regras constitucionalmente previstas, o ativismo judicial rompe a ideia de uma aplicação jurídica iminentemente positivada. Deste modo, por força da margem de discricionariedade existente na atividade judicante, o ativismo judicial representa o rompimento com a postura positivista fortemente arraigada no Poder Judiciário, designando uma postura proativa do magistrado na interpretação da norma, em especial da Constituição Federal de 1988, de forma a expandir o seu sentido e alcance, participando o juiz, portanto, no processo de criação da norma jurídica.

Segundo Streck (2011, p. 51) nos “Estados Unidos a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de 200 anos de história”. Valle (2012, p. 19) ensina que curiosamente, a cunhagem original do termo “ativismo judicial” não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico:

A primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana Fortune, voltada não para juristas, mas para público leigo. No artigo “The supremeCourt, 1947”, o jornalista Arthur Schelsinger Jr. Traçou o perfil de nove juízes da Suprema Corte norte-americana que foram classificados como ativistas judiciais.

Diz-se, portanto, que o ativismo judicial nasceu nos Estados Unidos há mais de 200 anos e é retratado frente à comunidade há mais de 60 anos. Esse fenômeno vem sendo construído junto às transformações do Estado e, na ebulição dessa hora, pensar nas críticas correspondentes ao assunto e aos limites impositivos frente aos mesmos é de suma importância pra toda uma arquitetura estatal que se dispõe ao motivo de tudo que se construiu até hoje: as demandas populares.

3.2 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Dada a abordagem conceitual realizada e dada a importância do tema abordado, principalmente no que tange ao seu efusivo furor acadêmico, é indissociável que se fale nos limites do ativismo judicial sem que haja uma abordagem sobre as críticas perante ao tema. Como mencionado anteriormente, o ativismo pode não ser a menina dos olhos de muitos autores, e, ao passo em que o mesmo constrói-se em teias muito complexas, repletas de significados, ao que parece, o ativismo judicial é uma consequência de fenômenos seculares, como a modificação do Estado e a modificação do próprio constitucionalismo. Sob esse crivo,

dada essa singular envergadura, as críticas ao mesmo merecem ser realizadas principalmente para que haja maior legitimidade no traço de seus limites.

Lenio Luiz Streck (2011, p. 83), autor que se dispõe de forma intensa ao tema, começa as críticas ao ativismo pelo seu próprio fundamento. Para o autor, a (i)legitimidade da justiça constitucional seria a razão do déficit de legitimidade resultante das concepções materiais da Constituição, que passaria a prever apenas os procedimentos que estabeleçam os meios e garantias para a adoção de decisões coletivas. Bercovici (2002, p. 278) comenta de forma implacável essa realidade:

É atribuído à teoria material da Constituição a responsabilidade pelos problemas de legitimação do controle de constitucionalidade. E, nesse sentido, ele tem razão. Afinal, uma teoria procedimental da Constituição não tem qualquer preocupação com a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, satisfazendo-se com o mero cumprimento dos procedimentos previstos.

À título de explicação, o controle de constitucionalidade é dado como uma das formas do Poder Judiciário encorpar-se de uma postura ativista. Nessa baila, o ativismo pode incorporar-se também, como já citado anteriormente, em uma interpretação extensiva das normas constitucionais.

É nesse sentido que Streck (2014, p. 183), em um artigo intitulado os efeitos do presidencialismo de coalizão sobre o STF, critica a extensão dessa interpretação ao firmar que “a responsabilidade política dos juízes é decidir de modo a reconhecer direitos, e não criá-los a partir de argumentos subjetivos ou políticos”. A questão nesse ponto é que em diversos casos o STF adentra as veredas da política proferindo decisões que acabam sendo, para muitos, estritamente política, descompassando assim o fundamento principal do ativismo judicial.

Rosenn, autor americano (2000, s/p) corrobora com o proferido entendimento:

O Brasil tem um sistema de controle de constitucionalidade extenso e complicado. Tem também uma Constituição enorme, carregada de direitos individuais específicos e de objetivos sociais e econômicos de longo alcance. Colocar direitos e objetivos por escrito, no entanto, mesmo em uma constituição nacional, não assegura seu respeito por aqueles encarregados de administrar as operações diárias do governo. Em virtude da existência no Brasil de um sistema judicial acessível, muitas dessas violações constitucionais estão nas secretarias dos tribunais esperando solução judicial. Como o Brasil tem apenas um sistema mínimo de vinculação por precedentes, as cortes decidem as mesmas questões constitucionais muitas vezes seguidas. **Além de isso consumir recursos judiciais valiosos, isso produz interpretações conflitantes das disposições constitucionais.** (grifo nosso).

Outro problema que se apresenta diante disso, segundo Leal (2014, p. 647), é a insegurança²⁴ de se terem decisões completamente diferentes em casos muito semelhantes.

Para os autores:

Como o legislador não age, deixando uma situação lacunosa, acaba-se demandando do Judiciário que tome uma decisão a respeito dos conflitos surgidos dessa falta de disciplina jurídica. O legislador, bem como a ciência, chamados a decidir, podem declinar da decisão, o Judiciário, contudo, não, pois tem a obrigação de julgar os casos que lhe são apresentados, demandando a solução.

É nesse embalo que se pensa que o STF não tem culpa das causas que lhe são demandas²⁵, e não tem culpa da falta de parâmetros infra legais que não tutelam a diversidade de causas que podem lhe aparecer, mesmo com problemáticas um tanto similares.

Essas considerações dizem respeito a um problema jurídico fundamental (talvez o primeiro dos problemas jurídicos): a necessidade de tratar igualmente aos iguais. Esse postulado de tratamento isonômico é também um problema procedimental interno aos arranjos institucionais do controle de constitucionalidade, pois esses podem, dependendo de sua configuração, reduzir ou amplificar desigualdades de tratamento no plano do direito.

A advertência é de William Rubenstein (2002), para quem a desigualdade torna-se um problema das estruturas processuais tanto quando elas se defrontam com litigantes desiguais, dotados de desequilibrada capacidade de apresentar suas teses, quanto nas hipóteses em que o próprio processo gera resultados desiguais para pessoas que deveriam estar na mesma situação. Isso pode ocorrer, por exemplo, “quando um conjunto de partes similares litiga de forma independente um determinado dano” (RUBENSTEIN, 2002, p. 189).

Ultrapassada a crítica à própria concretização da teoria material da Constituição Federal de 1988 promovida por Streck e do alerta da insegurança jurídica realizada por Leal,

²⁴ De fato, analisando comparativamente os modelos de controle difuso e concentrado, Mauro Cappelletti (1984, p. 77-8) advertia para os perigos que seriam inerentes a qualquer tentativa de introduzir o sistema difuso de controle de constitucionalidade em países de tradição jurídica ligada à família da civil law, nos quais não existe a doutrina do *stare decisis* ou da vinculação pelo precedente. Segundo o autor, “a introdução, nos sistemas de civil law, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros”. Prosseguindo adiante com seu espanto diante dessa possibilidade, diz Cappelletti que “a consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado”.

²⁵ Observando-se a atuação do STF, percebe-se que a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos, o Judiciário decidiu por que era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. (MORAIS; BARROS, 2014, p. 45).

pensa-se nas críticas ao ativismo judicial no que diz respeito, efetivamente, a promoção de políticas públicas.

Em relação ao tema do controle jurisdicional de políticas públicas, muitas discussões tem sido suscitadas principalmente no que tange a interferência na clássica separação dos poderes. Nessa baila comentam Leal (2013, p. 650):

Ao determinar a implementação de determinada política pública ou garantir determinado direito, o Judiciário estaria intervindo na seara da discricionariedade legislativa, violando, assim, a autonomia e a independência entre os Poderes.

Ao criar uma nova relação entre Direito e Política, a jurisdição constitucional (de caráter marcadamente aberto e principiológico), está ainda mais perto da política, pois o seu objeto é a própria política. Essa concepção, aos críticos, fere de forma intensa a organização dada ao Estado brasileiro à luz da divisão dos poderes de Montesquieu.

Adeodato (2014, p. 178), nessa baila, considera que dentro desse debate sobre os limites à criatividade do Judiciário, pode-se considerar a preponderância da atividade judicante na concretização de políticas públicas (sobretudo pelas cortes mais altas) como uma realidade prejudicial ao Estado Democrático de Direito:

O Judiciário passa a ser o guardião do conteúdo moral do direito e, ao invés de a moral limitar o direito, como parece ser a intenção de jusfilósofos como Ronald Dworkin, pode acontecer exatamente o contrário: a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas, através de uma “moral do judiciário”, faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo ampliem-se a níveis preocupantes no contexto democrático.

Para o autor, o Poder Judiciário se guarneceria de uma força estrondosa, onde modificaria e criaria, inclusive, o que é certo e o que é errado para a sociedade, transformando preceitos morais que estariam empossados às mãos dos juízes e ministros. Para Moraes e Barros (2014, p. 180), “no processo da judicialização da política, o Supremo Tribunal Federal, metaforicamente, assemelha-se a um novo oráculo de Delfos ou o umbigo do constitucionalismo brasileiro”, e essa questão seria prejudicial justamente pela centralização de poder redimensionado na usurpação de competências do Judiciário.

Em outra perspectiva, Barroso (2012, p. 2), atual Ministro do Supremo Tribunal Federal traça objeções à crescente intervenção judicial na vida brasileira. O Ministro menciona três objeções específicas, mas firma que “nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria”. De forma concentrada, o autor menciona os riscos para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da

capacidade institucional do Judiciário, elencando, inclusive, a problemática do limite do ativismo judicial como situação de relevância a discussão acadêmica e jurídica.

O que se abstrai dessas críticas no tocante a promoção de políticas públicas é o fato de que, ao crivo do autor, a possibilidade de um órgão não eletivo como o STF sobrepor-se a decisão do Presidente da República (sufragado, ao ano de 2012, por mais de 40 milhões de votos), ou do Congresso Nacional (cujos os 513 membros foram escolhidos por vontade popular), corresponde a uma dificuldade contra majoritária, onde, novamente, o Poder Judiciário usurpa para si o que entende como conveniente aos anseios da sociedade.

Dadas às considerações traçadas, fica endossada a necessidade de se versar sobre os limites do ativismo judicial, pois as críticas mencionam situações de proporções significativas. Ora, ao passo em que o ativismo fixa-se como um reflexo do Estado Social e do Constitucionalismo Democrático, também passeia na linha tênue que vincula desigualdade, ilegitimidade, atentado a Separação dos Poderes, centralização da organização do Estado e condicionamento dos preceitos morais da sociedade.

Desse modo, fechando o busílis do ensaio proposto, o próximo tópico visa comentar de forma proativa todas as críticas aqui mencionadas e contemplar o que entende a doutrina e a ciência sobre os atuais limites do exercício ativista do Poder Judiciário.

3.3 OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL NA REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE À INÉRCIA DO PODER EXECUTIVO

Tratar dos limites do ativismo judicial depende da desmistificação das críticas realizadas no tópico anterior e da solidificação da necessidade do ativismo na construção democrática e constitucional atual, afinal, o Brasil se situa atualmente no Estado Democrático de Direito, balizado sob a perspectiva constitucional onde o Estado Social insere a sua essência. Portanto, para que se alcance o ativismo quanto ao seu limite, fases interpretativas não de serem alcançadas, como comentários rebatedores às críticas elencadas e a assinatura do ativismo como uma realidade indissociável da contemporaneidade.

Insta ressaltar, como menciona Barroso no tópico anterior, que as críticas ao ativismo judicial não devem ser desconsideradas e servem para solidificar os procedimentos ao que o mesmo se dispõe, nesse passo, embora hajam possibilidades científicas, acadêmicas e doutrinárias de desconstituir as críticas realizadas, é nesse momento que deve-se,

principalmente, considerar o estudo quanto ao limite da atitude proativa do judiciário. Ora, se não houvessem tantas questões que circundam o tema de forma negativa o mesmo poderia ser praticado desenfreadamente.

A despeito do parágrafo anterior, autores modernos desconstroem a ideia de que a politização da justiça interfere no Estado Democrático e na Separação dos Poderes. Essa ideia considera a mudança antagônica do contexto histórico do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, onde houve uma ruptura de paradigmas constitucionais clássicos a partir da filosofia pós-positivista e da força normativa da Constituição.

Na verdade, como observa Machado (2010, p. 12), além da mudança do conceito que agora é contemporâneo de divisão de poderes, do ponto de vista jurídico-sociológico, o ativismo judicial decorre, em larga medida, “de uma crise de representatividade democrática que instaura a necessidade de intervenção do Poder Judiciário com o intuito de conter os abusos e as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo, e realizar a justiça social²⁶”.

Considerando essa ideia, a interferência do Poder Judiciário em funções do Poder Executivo e Legislativo, inclusive no que diz respeito as Políticas Públicas, calcifica-se na solidificação do Estado Democrático de Direito, e não em um atentado ao mesmo.

Com efeito, ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que a judicialização da política, em temas como saúde e educação, por exemplo, faz parte do cenário jurídico brasileiro de modo a garantir o princípio democrático.

Essa realidade relaciona-se de forma íntima a teoria da Divisão de Poderes. Para Dias (2011, p. 99), a Constituição Federal de 1988 não consagrou em seu texto o princípio da separação dos poderes de maneira absoluta, eis que admitiu o controle recíproco entre os mesmos (*checks and balances*). Portanto, a intervenção do Judiciário manifesta-se como uma salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos, e assim o povo não encontra-se distanciado da democracia, mas cada vez mais próximo dela.

Revisando Montesquieu, a separação dos poderes ganha, assim, uma roupagem contemporânea. Para Bonavides (2004, p. 45) “o princípio da separação dos poderes perdeu seu objeto com o seu fim [...] de tal maneira, tornou-se um dogma”. A passos largos, a ideia

²⁶ Em um viés substancialista, o jurista norte-americano Ronald Dworkin propugna a transferência de questões políticas para o Poder Judiciário a fim de preservar e concretizar direitos individuais. “Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”. Ronald Dworkin denomina política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). (DWORKIN, 2007, p. 40).

de que o Legislativo constrói, o Judiciário aplica e o Executivo concretiza, desmistifica-se cada vez mais na medida em que torna-se viável um processo de interpenetração entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, mediante uma espécie de "exercício preponderante de atribuições" (2011, p. 165).

O Direito passa a ser, assim, essencialmente político caso considerado como um empreendimento público, ou política ou político no sentido de que é da *polis*, é sinônimo de público, de res pública. O Direito presta, portanto, legitimidade à política e, quando compreendido como poder administrativo, a política lhe garante coercitividade. Os três poderes passam, por conseguinte, em tempos contemporâneos, a entrelaçar-se em teias flexíveis, inserindo-se uns aos outros em prol de legitimidade pública e bem comum público. Barroso (2012, p. 13), justifica essa possibilidade de duas formas: uma de natureza normativa e outra de natureza filosófica. Para o autor,

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Em outro giro, a questão da insegurança jurídica mencionada no tocante à perspectiva crítica ao ativismo judicial que causa decisões diferentes no âmbito jurídico também encontra rebates. Perante a vertente mencionada, o ativismo judicial seria um atentado ao princípio da

igualdade. Streck (2014, p. 192), ao mencionar-se sobre o assunto, pensa em uma exigência de equanimidade (fairness, nas palavras de Dworkin), onde, ao crivo constitucional, todos os cidadãos recebam tratamento igualitário quando buscarem a tutela jurisdicional. Para o autor, no que tange ao ativismo judicial, isso se torna possível trabalhando com algo chamado “teoria da decisão”, onde a igualdade ficaria a mercê da interpretação constitucional, mesmo que, à luz dos casos concretos, fossem criadas realidades jurídicas diferentes.

À luz dessa compreensão, Machado (2010, p. 21) ao versar sobre a ideia de que casos concretos que adquirissem acesso a saúde, por exemplo, afrontariam o espírito do art. 196 da Constituição Federal de 1988, dispositivo que versa sobre a garantia do direito fundamental à saúde de forma universal e gratuita, traça como limites a atitude ativista do acesso a saúde com base na essencialidade da prestação. Para o autor,

Não se quer com isso afastar a possibilidade de acesso à justiça de maneira individualizada quando há lesão a direito fundamental social, mas sim ressaltar a necessidade de o Judiciário ter uma visão global de todas as circunstâncias adjacentes ao caso a fim de não transgredir a justiça distributiva. Nos casos que envolvem direitos fundamentais sociais, o Judiciário precisa ter por escopo garantir uma macrojustiça, ou seja, “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam a estar em situação similar, sob pena de quebrar a isonomia.

É inelutável reconhecer que as políticas sociais devem levar em consideração as pessoas, tradicionalmente, mais vulneráveis. Daí a importância de se verificar a necessidade do indivíduo em cada caso concreto. Nesse sentido, pode-se traçar como um primeiro limite ao ativismo judicial a essencialidade da medida pleiteada e, nos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, a disseminação erga omnes das políticas públicas implementadas.

Contraponto da questão da ilegitimidade do tipo de jurisdição tratado em tela, o próprio Streck (2011, p. 83) firma que não há possibilidades de deleitar-se sobre a mesma por capricho institucional. O autor entende que é difícil sustentar as teses processuais-procedimentais “em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição”.

Em outras palavras, parece muito pouco (mormente se levar-se em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil), destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formatação da opinião e da vontade política que se exerceria em ataque a cidadania e a democracia.

O que se verifica, dessa maneira, é que o Judiciário, “por mais que esteja sofrendo reflexos da crise do Estado” (LEAL, 2013, p. 659) não pode ser abandonado, pois ele tem se

tornado um lócus privilegiado de concretização dos direitos fundamentais. A justiça pode ser, então, o novo palco da democracia.

Não há como abrir mão de sua atuação. Esse aumento de demandas no âmbito do Judiciário ocorre em razão da necessidade de que a população tenha uma instituição em que possa confirmar, uma instituição que possa lhe conceder aquilo que o Estado não vem fazendo. Nesses termos, o Judiciário pode ser visto como um “mal necessário”.

Contemplado, agora, aos olhos de Barroso (2012, p. 23) o grande problema do ativismo, qual seja, a grande centralização de poder investido no judiciário é que se une a desconstituição da presente crítica com a necessidade limítrofe do tema. O problema está no excesso. Como dizia Guimarães Rosa, pela boca de Riobaldo — o filósofo do Sertão: “Querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal por principiar”.

O primeiro ponto traçado no que diz respeito ao limite do ativismo judicial foi a essencialidade do tema pleiteado aos olhos da justiça. Em outrora, deleita-se sob a vertente substancialista e pensa-se na excepcionalidade da atitude ativista. Nesta seara, Machado (2010, p. 56) admite a intervenção jurisdicional sempre que o Legislativo e o Executivo não tenham em vista o cumprimento do desígnio da Constituição Federal de 1988, em frontal agressão aos princípios representativos e democráticos. Pensa a autora:

Caso não haja o atendimento das metas constitucionais, tanto por omissão legislativa, como por ausência de implementação de políticas públicas ou má utilização dos recursos públicos pelo Executivo, o Judiciário estará legitimado a intervir, desde que provocado, para efetuar o controle jurídico destes atos e omissões em prol da concretização do texto constitucional.

Para além disso, Barcellos (2006, p. 50) complementa que a intervenção do Judiciário não deve substituir a competência do Executivo ou do Legislativo, mas apenas controlar a constitucionalidade de suas ações, dirimir conflitos por meio da interpretação e argumentação racional, com vistas a garantir a democracia e proteger direitos fundamentais.

Não é outro o entendimento de Luís Roberto Barroso (2012) ao apregoar que se as leis e os atos administrativos implementarem a Constituição e forem regularmente aplicados, “eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”. O controle de constitucionalidade das políticas públicas, por exemplo, decorre da supremacia constitucional, o que não quer significar que “não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis (...) não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo” (BARCELLOS, 2006, p. 50).

O binômio ativismo-autocontenção, além da essencialidade e da subsidiariedade também há de se guarnecer de uma prerrogativa importante: o texto constitucional. Nesse sentido, segundo Leal (2013, p. 656), os autores que veem o ativismo como algo bom e necessário, “entendem que o mesmo deve ser baseado e vinculado às diretrizes materiais da Constituição, voltado para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal”.

A Constituição Federal de 1988 emancipa-se na medida em que, dada a nova conjuntura constitucional explanada no capítulo primeiro, autoriza o ativismo judicial desde que o mesmo esteja vinculado ao texto constitucional. A nova hermenêutica constitucional compreende a Constituição como um produto cultural, que demanda de constante interação com a sociedade, onde, por meio de um processo de abertura da jurisdição constitucional e de demais fatores já elencados, permite ao Poder Judiciário criar e controlar as políticas públicas desde que haja texto constitucional como precedente.

Mendes (2009, p. 56), em ciclo de debates realizado pelo Senado Federal no mês de novembro de 2008, ao discorrer sobre ativismo judicial aduziu que não se pretende, de modo algum, usurpar a competência do Parlamento, mas, ao contrário, pressionar para que “o Legislativo atenda, faça aquilo que a Constituição preconiza”. Portanto, a manifestação ativista é uma tentativa de concretizar a Constituição, e deve, portanto, atentar-se aos seus limites principiológicos.

Corroborando com tal entendimento Moraes e Barros (2014, p. 182):

A tarefa interpretativa, apesar do subjetivismo que encerra, encontra limites incontornáveis, demarcados pela Constituição em si, no texto interpretado. Não pode o interprete, à guisa de buscar harmonizações com a Constituição, extrair efeito jurídico mediante ilações não plausíveis da norma interpretada.

A atividade jurisdicional deve, assim, ser exercida segundo uma rigorosa fundamentação constitucional (2014, p. 193). “Juiz das atribuições dos demais poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio de sua competência é a Constituição”, Discursava Francisco Campos, em termos de manipulação ideológica do ativismo judicial, na abertura dos trabalhos do STF, em 1942.

Afunilando tal ideia a promoção de políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal tem reproduzido a lógica de Francisco Campos e atendido das linhas limítrofes traçadas no capítulo em tela, além das compreensões trazidas por Gilmar Mendes e Luiz Roberto Barroso, atuais ministros da corte, a jurisprudência da mesma endossa a ideia de que o limite do

ativismo judicial na promoção de políticas públicas é a Constituição Federal. Dessa forma verifica-se:

Em 2014, acordaram os ministros da primeira turma do Supremo Tribunal Federal em desprover o agravo regimental no recurso extraordinário com agravo número 818.995 por unanimidade, provendo medicamentos com fulcro no que preconiza o art. 196 da Constituição Federal de 1988:

SAÚDE – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde. (STF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/10/2014, Primeira Turma).

Quanto à educação, o Supremo Tribunal incorporou-se de um escopo ativista na promoção de políticas públicas e novamente remeteu-se ao texto constitucional:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - ARE: 761127 AP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 24/06/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014).

Inúmeros são os exemplos que poderiam ser citados, exemplos que circulam entre a mais alta corte e juízos de primeiro grau onde o texto constitucional, e tão somente ele, fundamenta e dá precedente a atuação ativista do Poder Judiciário, e, diante de tudo exposto, é assim que deve ser.

Ainda, é justo que se pense que a solidificação dos direitos fundamentais pode funcionar como uma condição para a possibilidade para preservar o futuro da Constituição Federal de 1988, sendo o ativismo judicial repleto dos parâmetros limítrofes acima mencionados uma forma de formar uma perspectiva constitucionalmente garantista:

Também por meio do reconhecimento da força normativa da Constituição e com o fortalecimento da jurisdição constitucional, ocorrerá, sobretudo, uma nova atuação constitucional, compromissada, responsável e transformadora, que será possível dar conta da efetividade dos direitos humanos, bem como da concretização dos direitos fundamentais. (SARMENTO, apud ARAÚJO, 2012, s/p).

É nesse momento que, sob a égide do ativismo judicial que promova políticas públicas deleitado sob os baluartes mencionados, há o fortalecimento da Constituição Federal de 1988. Daí segue a virada antológica: volta-se ao ideal de Häberle onde esses elementos:

São trazidos como mecanismos de um processo democrático, que se concretiza a partir do momento em que passa a haver uma simbiose entre sociedade e Constituição. Peter Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, também chamada de sociedade aberta. Assim, a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição é tão-somente uma consequência da necessidade de integrar a realidade ao processo de interpretação (HÄBERLE, apud ARAÚJO, 2012, s/p).

A constituição passa a ser, portanto, uma expressão de um desenvolvimento cultural. Nesse passo, produzir políticas públicas que integrem a sociedade ao texto normativo constitucional seria lícito ao Poder Judiciário inclusive como uma forma de resguardar os valores e direitos fundamentais, mas, principalmente, como forma de resguardar a própria Constituição Federal de 1988. Em verdade, essa situação trata de arroubos reveladores de um Estado com escassa experiência democrática, que vive as primeiras décadas de vigência de uma constituição que sinalizou, finalmente, para dias melhores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade de que o novo constitucionalismo traz novos parâmetros de interpretação constitucional é incontestável. Barroso, um dos autores brasileiros mais dispostos ao tema, justifica a recepção nacional de tal realidade pela dificuldade Estatal gerir um sistema que, sob uma ótica pós-positivista, diversifica-se desde concepções morais até a criação de novas realidades sociais. Assim, o atual momento jurídico sofreu uma ruptura interessantíssima no que diz respeito aos seus significados onde a Constituição solidificou-se, de forma jamais vista no Brasil, como norma de relevante hierarquia.

Em um âmbito mais amplo, o Constitucionalismo Democrático verifica-se como um organismo vivo em expansão, onde o positivismo supera-se pela ideia de que a Constituição delimita a atuação dos poderes dos Estados ao determinar regras protetivas da sociedade contra arbítrios e omissões destes, estabelece parâmetros de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais com certo grau de abstração, em razão das constantes mudanças sociopolíticas-econômicas, em prol da manutenção e promoção da paz social. Tal posicionamento atribui à Constituição um caráter, apesar de forte, aberto, em função do grau de abstração de suas normas, mais especificamente, as regras-princípios, ideia inaugurada por Häberle que endossa toda essa abertura interpretativa em prol do bem social.

Essa percepção identifica-se com a presente configuração Estatal do Brasil, pois, embora haja forte interferência do Neoliberalismo, ainda fixa-se no Estado Social, principalmente por conta da projeção constitucional da Constituição Federal de 1988.

Nessa esteira, o neoconstitucionalismo traz a Constituição ao centro do ordenamento jurídico e essa é interpretada tal qual a hermenêutica constitucional. Por conseguinte, ao se falar em neoconstitucionalismo, fala-se em dignidade da pessoa humana e, em razão de sua natureza de sobreprincípio, observa-se cada vez mais a formação de uma jurisprudência de

valores, que toma como fundamento algo que ainda não se encontra compreendido em sua plenitude.

Essa nova realidade dá condição a uma amplitude interpretativa, onde a clássica separação dos poderes dá lugar a possibilidade de uma intervenção motivada que, frisa-se, não configura um ataque a autonomia de cada ente organizador. Desse modo, embora o ativismo judicial promova, por vezes, situações que seriam competência do Poder Executivo, este é um meio legítimo de intervenção, dado ao fato de que, nesta nova ordem gestora, a solidificação de direitos e garantias constitucionalmente previstos é o fim que permite vários meios.

Considerando as conclusões supracitadas, pode-se entender que há uma dissonância jurídico-social no que diz respeito ao facto-problema aqui proposto: a realidade é que ao tempo em que a Constituição Federal de 1988 solidifica o seu poderio, a realidade social brasileira leva a crer que a lei maior brasileira necessita de auxílio para a sua efetivação, principalmente por que, por vezes, o Poder Executivo não atende diversas demandas individuais e coletivas.

É nesse momento que o Poder Judiciário entra em cena, entretanto, sob olhares atentos. Embora o ativismo judicial seja solidificador de políticas públicas, e, por consequência, seja materializador da aproximação da constituição vigente com o povo, esta atitude jurisdicional não pode ser tomada de forma desenfreada, ficando a mercê dos conceitos de razoabilidade e proporcionalidade dos aplicadores jurídicos brasileiros.

Com efeito, o Constitucionalismo Democrático, por meio do ativismo judicial e frente às inércias do executivo, dá ao processo o escopo teológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos, encarregando a jurisdição de leva-los à realização, entretanto, à luz de uma leitura mais substancialista, há de haver o cuidado na aplicabilidade de tal concessão, sob o risco de ataque a democracia e de posturas exegistas. Entende-se, portanto, que o ativismo judicial, validamente, é uma forma de identificação da constituição com os Direitos Sociais, desde que se preceitue em parâmetros ditados pela razoabilidade, configurando-se, nesse parâmetro, como um meio efetivo de aproximação da Constituição Federal de 1988 com as demandas sociais. O que extrapola a função do Judiciário e acaba sendo um ativismo ruim, portanto, são as decisões judiciais sem fundamento jurídico-racional fundamentada na Constituição Federal de 1988.

Entretanto, essa atitude reveste-se de críticas, como ataque a divisão dos Poderes, centralização de poder, promotor de desigualdade, dentre outros e é daí que surge a necessidade de traçar parâmetros quanto aos seus limites. Nesse sentido, há autores que veem o ativismo como algo bom e necessário, desde que seja um ativismo baseado e vinculado às

diretrizes materiais da Constituição Federal de 1988. O que é maléfico, portanto, é um ativismo desmedido, sem qualquer ponderação.

Insta ressaltar que, em uma análise feita do ativismo constitucional na promoção de políticas públicas como fenômeno, o que está em jogo é um caráter aberto e interpretativo de toda uma construção constitucional que tem o ativismo judicial como fim. Nesse sentido, os limites traçados surgiram de uma hermenêutica que leva em conta a grandeza do ativismo enquanto parte de um desenvolvimento constitucional, e enquanto consequência desse. Nesse sentido, os limites que foram pautados tem por base uma prerrogativa constitucionalista e fenomenológica.

Ao fim do trabalho, o que se conclui é pela essencialidade do ativismo judicial em uma sociedade como a brasileira, que anda encontrando dificuldades de efetivar suas garantias constitucionais. Os limites incorporados ao tema baseiam-se quanto a essencialidade, a subsidiariedade e a vinculação ao texto interpretativo constitucional. Assim, de forma subsidiária a inércia do Poder Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário está legitimado a promover políticas públicas, desde que seja eminentemente essencial e não se dissocie do que intenciona a Constituição Federal de 1988.

O limite do ativismo judicial, portanto, é o texto constitucional, e não poderia ser diferente, pois a legitimação de existir do ativismo surge da necessidade de emancipação constitucional, e principalmente, da necessidade de efetivação das garantias constitucionalmente previstas em prol da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira**: situação e limites. V.1 Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Giovanni. **Neodesenvolvimentismo e Estado Neoliberal no Brasil**. 2013. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2013/12/02/neodesenvolvimentismo-e-estado-neoliberal-no-brasil/>>. Acesso em 05 de junho de 2015.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, Elizeu Serra. **As reformas da previdência de FHC e Lula e o sistema brasileiro de proteção social**.v.13. São Luiz:Revista Políticas Públicas, 2009.

ARAÚJO, Neiva Cristina. **Os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o futuro da constituição**: uma abordagem da democracia a partir do pensamento de Peter Häberle. Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília: XV Congresso Brasiliense de Direito Público, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 10 de maio de 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art04102005.htm>Acesso em 21 de Set. de 2014.

BATISTA, Paulo Nogueira. **"Meio ambiente: o novo fator de desenvolvimento"**. Rumos do Desenvolvimento, nº 102, Rio de Janeiro, jul/ago, 1993.

BRECHT, Bertold. Elogio da dialética. In: **Antologia poética**, 1977.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política**: Uma relação difícil. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002. 2002. Acesso em 14 de março de 2015.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BONFANTE, Bruna. A transformação do Estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2582, 27 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17058>>. Acesso em: 28 março 2015.

BRASIL. **Constituição de Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 janeiro 2015.

BREUS, Tiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. 2006. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31063-34052-1-PB.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2015.

CAVALHIERI, Juliana Raquel; MACHADO, Ednilson Donisete. **Políticas Públicas como instrumento de concretização dos Direitos Sociais**. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_509.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2015.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Inocêncio Martires. As ideias de Peter Harbele e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**. nº 137, jan/mar, 2014.

DABIN, Jean. **Doctrinégénérale de l'État**. Paris: Sirey, 1939.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Rafael de Brito. O que é a política científica e tecnológica? **Sociologias**, Porto Alegre, ano 13, no 28, set./dez. 2011, p. 316-344.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas – Princípios, Propósitos e Processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

DYE, Thomas D. **Understanding Public Policy**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1984.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FILHO, Marcelo Soares. **A economia política do governo reagan: estado neoliberal, tributação e gasto público federal nos estados unidos da américa entre 1981 e 1988**. 2010. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/marcelo-soares_a_economia_politica.pdf. Acesso em 09 de junho de 2015.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GOMES, Carlos Frederico de Sousa Costa. **A dinâmica da separação de poderes nas constituições brasileiras e os contornos de uma possível reconfiguração**, 2013. Disponível em: <https://idag.com.br/site/artigos.php?sc=6&id=1558>. Acesso em 10 de maio de 2015.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HÄBERLE, Peter. **DemokratischeVerfassungstheorieimLichtedesMöglichkeitsdenken**, in: Die VerfassungdesPluralismus, Königstein/TS, 1980.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade, v. 2. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

IRIARTE, Gregório. **Neoliberalismo sim ou não? Manual destinado a comunidades, grupos e organizações populares**. São Paulo: Paulinas, 1995.

KENNETH, John Galbraith, **A era da incerteza**, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

KIM, Richard; MIRANDA, Adiani. Democratização das políticas públicas pelos conselhos e tutela dos interesses fundamentais. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 10(19): 69-89, jul.-dez. 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/217/395>>. Acesso em 09 de julho de 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Maitê Damé. O judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas: um mal necessário em nome da promoção de um bem necessário. In: ALEXY, Robert; BAEZ Narciso Leandro Xavier; SANDKUHLER, Hans Jorg et (org.); **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2014

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo Judicial**. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?sequence=1. Acesso em: 09 de junho 2015.

LIMA, Nelson Paulo. **Como não privatizar: uma proposta para o Brasil**. Brasília: Valci, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da Efetividade dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. In: **Direitos Humanos Visões Contemporâneas**, São Paulo. Associação Juizes para a Democracia, 2001.

LOPES, Brenner; AMARAL, Ney. **Políticas Públicas: conceitos e práticas / supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas – Belo Horizonte : Sebrae/MG, 2008.**

LUIZAO, José Mauro. **As reformas neoliberais da constituição federal e a conformação do estado brasileiro após as mudanças**. 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c6f8dba4a02404f>. Acesso: 05 de abril de 2015.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites do ativismo judicial à luz do constitucionalismo fraterno**. 2010. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2015.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. Direitos Fundamentais: aspectos gerais e históricos. **Revista da Unifebe** (Online) 2012; 11 (dez):166-179. Disponível em: <http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo017.pdf>>. Acesso em 09 de junho de 2015.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado de Direito Social. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5494>>. Acesso em: 25 de março de 2015.

MELO, Manuel Maria Antunes de. A impugnação do executado e a efetividade do novo cumprimento de sentença . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1607, 25 nov. 2007. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10688>>. Acesso em: 05 de maio 2015.

MENDES, Gilmar. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

MORAIS, José Luiz; BARROS, Flaviane de Magalhães. **O ativismo e a Judicialização: De como os números podem velar o fenômeno**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2014.

NEGRÃO, João José de Oliveira. **O governo FHC e o neoliberalismo**. 2012. Disponível em: <http://www.pucsp.br/neils/downloads/v1_artigo_negrao.pdf>. Acesso em 09 de junho de 2015.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; CARVALHO NETO, Ernani. A Judicialização da Política: um tema em aberto. **Política Hoje Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE**, Brasil, v. 1, n. 15, 2008. Disponível em <http://politicahoje.com/ojs/viewarticle.php?id=101>. Acesso em 17 de junho de 2015.

OPPENHEIMER, Franz. **The State**. New York: Vanguard Press, 1926.

PEREIRA, Paulo. **Margaret Thatcher, primeira-ministra que deu início à política neoliberal**. 2013. Disponível em: <<http://educacao.globo.com/artigo/margaret-thatcher-primeira-ministra-que-deu-inicio-politica-neoliberal.html>>. Acesso em: 09 de junho de 2015.

RAMOS, Erival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Ana Luisa de Oliveira; MACEDO, Gladston Bethônico Bernardes Rocha. **O positivismo jurídico em Hans Kelsen**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3934, 9 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27567>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**. Ano 1., n. 4. São Paulo: Notadez, 2006.

ROSENN, Keith S. Judicial Review in Brazil: Developments under the 1988 Constitution. **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, v. 7, p. 291-320, 2000.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. 2014. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2015.

RUBENSTEIN, William B. **The Concept of Equality in Civil Procedure**. Cardozo Law Review, Vol. 23, p. 1865- 1915, 2002.

SAFATLE, Leandro Carvalho. **Margareth Thatcher**. 2010. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historia/margareth-thatcher.htm>>. Acesso em 09 de junho de 2015.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014.

SILVA, André Ricardo Fonseca da. Do Estado liberal ao neoliberal: aspectos sociais e jurídico-econômicos . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3978, 23 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27961>>. Acesso em: 26 março 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, José Fernando Vidal; MEZZAROBBA, Orides. O positivismo jurídico: Em busca de um novo paradigma emancipador a partir dos conflitos sociais do Brasil. In: ALEXY, Robert; BAEZ Narciso Leandro Xavier; SANDKUHLER, Hans Jorg et (org.); **Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2014

STRAUSS, Leo. **Droit naturel et histoire**. Paris: Plon, 1986.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. 1º ed. Curitiba: Juruá, 2012.

VIOLANTE, Luciano. **Il doverediaveredoveri**. Torino: EINAUDI. 2014.